

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

II/2020

ANNO XXXI – N. 2 – DICEMBRE 2020

P.Q.M.

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE
DI GIURISPRUDENZA E VITA FORENSE

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

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

Coordinatore della Redazione: FRANCO SABATINI

Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Hanno collaborato a questo numero:

MARCO AZZARITI — ROBERTO DE ROSA — MARIA DI TILLIO — GIUSEPPE MALCANGI — FRANCESCA MICONI — DOMENICOMARIA REFERZA — PIETRO REFERZA — MARCO RIARIO SFORZA — ERIBERTO ROSSO — GOFFREDO TATOZZI — CRISTIANA VALENTINI — SILVANA VASSALLI

Patrocinio del C.O.F.A.

Contributo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Pescara

Editore: FONDAZIONE FORUM ATERNI, PESCARA

Iscr. R.O.C. n. 21214

Registrazione del Tribunale di Pescara n. 20/88 del 14/10/1988

ISSN: 1591-5565

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

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

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

Fotocomposizione e Stampa: Poligrafica Mancini srl., via Tevere, 24, S. Giovanni T. (CH)

S O M M A R I O

Silvana Vassalli
In memoria di Giacomo pag. 9

Parte I - SAGGI

Marco Riario Sforza
Recesso e risoluzione: un difficile connubio pag. 13

Pietro Referza
Profili recenti della disciplina della rinuncia abdicativa al
diritto di proprietà immobiliare pag. 45

Parte II - GIURISPRUDENZA

Ambiente (tutela dell')

Tutela dell'ambiente e dei beni culturali – Valori costituzionali – Salvaguardie – Competenza del Ministero e della Soprintendenza – Piano regolatore comunale – Provincia – Controllo – Abrogazione – Atto di ritiro – Iter amministrativo – Studio avanzato – Motivazione rafforzata – Prescrizioni della soprintendenza – Inserimento in P.R.G. Comunali – Tutela della cornice architettonica – Modello “Friuli di ricostruzione a L’Aquila” – Frazioni dell’Aquila – Regolazione urbanistica – Necessario parere della soprintendenza – Prevalenza del profilo paesaggistico sulle determinazioni urbanistiche locali – Norme urbanistiche comunali di salvaguardia del 2016 – Validità ed efficacia (*TAR Abruzzo L’Aquila 28/5/2020, n. 200*) pag. 67

Atto amministrativo

Provvedimento amministrativo – Revoca – Interesse pubblico e privato – Necessario raffronto – Buona fede - Legittimo affidamento – Nuova valutazione degli interessi – Ritiro per annullamento d’ufficio – Motivazione adeguata – Necessità (*TAR Abruzzo – Pescara 12/10/2020, n. 276*) pag. 165

4 *Sommario*

Bancarotta e reati fallimentari

Bancarotta fraudolenta per distrazione – Cessione di azienda – Procedura competitiva con offerte concorrenti (*art. 163 L. Fall.*) – Insussistenza del delitto – (*Trib. Pescara 29/02/2020, con nota redazionale*)

pag. 154

Circostanze di reato

Circostanze di reato – Divieto di prevalenza e le circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (*art. 69 co. 4, c.p.*) (*Trib. Pescara 19/07/2019, con nota “Comparazione ed esclusione del giudizio di prevalenza tra circostanze attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p. e recidiva ex art. 99 comma 4 c.p.: questione di legittimità costituzionale” con nota di G. Tatozzi*)

pag. 159

Concordato preventivo

Concordato preventivo – Piano concordatario in continuità indiretta – Contratto di affitto di azienda con patto di futura vendita – Omessa modifica della proposta di acquisto – Inefficacia – Sussiste (*App. L’Aquila 11/3/2020, con nota di A. Ritucci*)

pag. 80

Edilizia e urbanistica

Urbanistica – Edilizia – Abuso edilizio – Istanza per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria – Diniego – Ordinanza di demolizione – Legittimità – Sentenza definitiva – Presentazione di S.C.I.A. per demolizione di opere abusive – Diniego espresso – Provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale – Intervenuta demolizione spontanea del manufatto abusivo – Mancata notifica della sentenza – Giudicato formale – S.C.I.A. tempestiva (*TAR Abruzzo – Pescara 14/05/2020, n. 156*)

pag. 209

Esecuzione (in genere)

Opposizione all'esecuzione – Istanza di sospensione del fideiussore – *Inammissibilità (Trib. Chieti – ord. 3 aprile 2020, con nota “Legittimazione attiva del fideiussore nel contratto di mutuo” di M. Di Tillio)*

pag. 102

Esecuzione penale

Esecuzione penale – Questioni su titolo esecutivo (*Trib. L'Aquila – Giudice dell'esecuzione – 19/12/2019*)

pag. 162

Giustizia amministrativa

Competenza territoriale dei Tribunali Amministrativi – Criteri – Ripartizione – Sede dell'Autorità emanante – Efficacia spaziale dell'atto – Facoltà medico sanitarie – Questione disponibilità posti – Didattica a distanza – Disallineamento dell'offerta formativa – Domanda sociale di professionalità sanitaria – Crediti formativi – Riconoscimento – Disciplina di Ateneo – Decreto ministeriale del 16/03/2007 – Art. 3 comma 8 – Adeguata motivazione – Medesimo settore scientifico-disciplinare – Riconoscibilità non inferiore al 50% - Crediti maturati (*TAR Abruzzo – Pescara 26/10/2020, n. 296*)

pag. 201

Istruzione pubblica

Corsi di laurea – Professioni sanitarie – Immatricolazione – Numero chiuso – Fabbisogno di professionalità medica – Posti residui – Piena utilizzazione – Frequenza di corsi – Esami – Università straniera – Corrispondenza di studi – Esami – Diniego di riconoscimento – Inadeguata motivazione – Illegittimità (*TAR Abruzzo - L'Aquila 16/06/2020, n. 228*)

pag. 165

6 *Sommario*

Lavoro autonomo

Direttore Generale ASL -Decadenza o risoluzione di contratto stipulato con la Regione – Giurisdizione A.G.O. – Sussiste – Mancato raggiungimento obiettivi fissati dalla Regione – Decadenza automatica dall’incarico – Esclusione – Valutazione dell’inadempimento ai sensi dell’art. 2119 c.c. – Necessità – Direttore Generale ASL – Nullità del contratto di conferimento dell’incarico ai sensi del D.L. 95/2012 e art. 25 L. 724/1994 cause e collocamento in pensione successivo alla nomina – Esclusione – Direttore Generale Asl – Illegittima declaratoria di decadenza dall’incarico – Risarcimento del danno – Spettanze (*Trib. Pescara – Sez. lavoro – 24/9/2020, n. 341*)

pag. 92

Procedimento penale

Processo penale – Natura penale del provvedimento dell’organo ecclesiastico – Ne bis in idem – Sentenza passata in giudicato emessa non da organo giudiziario di uno stato membro dell’Unione Europea – Rapporti tra Stato Italiano e Stato Città del Vaticano (*App. L’Aquila 28/05/2000, con nota redazionale*)

pag. 149

Processo penale – Riforma della sentenza assolutoria – Obbligo della motivazione rafforzata (*App. L’Aquila 11/06/2020*)

pag. 152

Prova civile in genere

Applicazione dell'art. 2697 c.c. nell'ambito delle azioni di accertamento negativo. La norma che governa la disciplina del riparto dell'onere probatorio, nel caso di accertamento negativo del fatto oggetto del giudizio, va interpretata mitigando il suo significato letterale attraverso il principio della vicinanza della prova, considerando il rapporto sostanziale dedotto in giudizio. L'art. 167, II° comma, nel sancire la decadenza delle domande riconvenzionali e delle eccezioni in senso stretto intempestivamente sollevata, tutela non un mero interesse privato, ma l'interesse pubblico alla ragionevole durata del processo (*Trib. Teramo 23/07/2020, n. 638, con nota di D. Referza*)

pag. 117

Reati tributari

Delitti tributari – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca per l'equivalente del profitto del reato – Preventiva escussione del patrimonio dell'ente beneficiario del reato – Necessità (*Trib. Chieti 19/09/2019*)

pag. 155

Responsabilità civile

Risarcimento danni da intermediazione finanziaria – Presupposti – Comportamenti inappropriati dell'investitore – Applicabilità dell'art. 1227 c.c. ed esonero della responsabilità della Banca preponente (*App. L'Aquila, sent. 1/7/2020, n. 971, con nota di G. Malcangi*)

pag. 67

Vendita

Vendita di cose mobili - Vizi nella vendita - Azione redibitoria - Responsabilità contrattuale speciale sui generis del venditore - Ripartizione dell'onere probatorio - A carico dell'acquirente - Principio della vicinanza della prova - Procedimento ex art. 696 bis c.p.c. sull'esistenza dei vizi - Prescrizione dell'azione - Decadenza dall'azione per mancata denuncia dei vizi - Rigetto della domanda di risoluzione (*Trib. Pescara 25/07/2019, con nota "Garanzia per vizi nella vendita. Natura, disciplina e riparto dell'onere probatorio" di M. Azzariti*) pag. 128

Tributi in genere

Assoggettabilità imposta registro vendite ex art. 163 bis Legge Fallimentare – Base imponibile – Prezzo di aggiudicazione – (*CTP Pescara 30/12/2019, con nota "Imposta di registro e valore dei beni per le cessioni effettuate nel concordato preventivo ex art. 163 bis L.F." di F. Miconi*) pag. 143

Parte III - INTERVENTI E RASSEGNE

Marco Riario Sforza
Notarelle sul "diritto all'oblio" pag. 215

Parte IV - VITA FORENSE

Roberto De Rosa
I Principi Deontologici Forensi - Brevi note circa l'influsso dell'esperienza romana classica sul diritto vigente italiano pag. 221

Cristiana Valentini
In confronto "Il processo" di Kafka era uno scherzo pag. 233

Eriberto Rosso
Separazione delle carriere dei magistrati pag. 239

*In copertina:
Giacomo Nicolucci*



In memoria di Giacomo

Giacomo Nicolucci è nato il 13 maggio 1973 ed è deceduto il 27 dicembre 2019, iscritto all'Albo degli Avvocati di Lanciano nel 2001.

Noi tutti avvocati Abruzzesi e non, lettori di PQM, abbiamo conosciuto la professionalità e la sensibilità di Giacomo Nicolucci.

Negli anni della Sua professione, tristemente breve, ha dedicato la vita allo studio su diversi temi di materie giuridiche. Versatile e

competente in tutto.

Ha approfondito studi in materia ambientale, sulla gestione di Parchi partecipando alla stesura di norme e regolamenti, convinto e abituale cacciatore, ha approfondito studi in materia di attività venatoria e di protezione della fauna selvatica.

È stato docente a contratto presso le Università di Urbino, di Teramo e della Repubblica di San Marino nelle materie del diritto pubblico-amministrativo e della procedura penale.

È stato Giudice Amministrativo della Repubblica di San Marino.

Tantissime sono state le sue pubblicazioni tematiche o di commento a sentenze e norme su accreditate riviste di diritto.

Ha avuto manifestazioni di plauso, di apprezzamento e di affetto in qualsiasi consesso egli abbia lavorato.

E da ultimo e non per ultimo amato e stimato Avvocato nel Foro.

La mattina del 27 dicembre 2019, alle 10, in un clima soporifero da periodo festivo, mi ha folgorato e stremato apprendere che Giacomo Nicolucci, al quale ero legata da profondo affetto amicale, aveva posto fine ai suoi giorni usando una delle sue adorate armi da caccia.

Nell'apprendere tale notizia nasce immediata la domanda: “ perché?”

Aveva avuto e avrebbe avuto ancora una brillante carriera professionale, aveva una splendida famiglia composta dalla moglie Marina Del Malvò, nostra Collega, e da un bel bambino.

Perché Giacomo?

Ce lo siamo chiesti e continuiamo a chiedercelo a distanza di mesi.

Si entra nell'imponderabile. Di certo la nostra professione ci abitua al riserbo, a non parlare dei nostri problemi personali, anzi a nasconderli per evitare di apparire deboli e vulnerabili agli occhi di tutti, Giudici, Colleghi e nostri assistiti; questi ultimi, in particolare, ci vogliono sempre forti e combattenti.

Il suo gesto, non giudicabile, perché a nessuno è consentito giudicare ciò che non comprende, rispecchia la sua natura malinconica dall'aspetto di personaggio ossianico o della letteratura romantica tedesca.

Egli, infatti, padroneggiava l'uso della lingua germanica; il che gli ha consentito non solo di studiare in lingua una delle più importanti, se non la più importante, letteratura giuridica dell'Europa continentale, ma di citare versi famosi della poesia romantica tedesca e di amare il camminare e incedere a passo solitario e lento nei boschi, frequentati più per ammirare e studiare la natura e solo da ultimo per cacciare un animale.

Il gesto estremo di una persona cara deve richiamare, tutti, ad una maggiore sensibilità nei confronti del prossimo e dovrebbe imporci un quesito. Avrei potuto, con un mio diverso atteggiamento, aiutarlo a riacquistare amore per la propria vita?

Noi Avvocati, e soprattutto i Giudici, abbiamo acquisito una deformazione concettuale che applichiamo anche al di fuori dell'esercizio professionale. Esaminiamo i casi, i documenti e non ci soffermiamo più sulla persona, sui suoi sentimenti sulle sue preoccupazioni.

Viviamo per anni accanto a Colleghi, ma spesso di loro non conosciamo l'animo.

Ed allora Caro Giacomo Nicolucci nel confermarti la nostra stima il nostro affetto Ti diciamo grazie non solo per quanto hai dato a noi e alla nostra professione ma anche per quanto ci ha insegnato il tuo gesto.

Impariamo a conoscere noi stessi e le nostre debolezze, impariamo a conoscere il nostro prossimo e le sue debolezze per superare la voglia di competizione esasperata facendo prevalere il rispetto e la collaborazione.

Addio Giacomo! Ora camminerai libero in tutti i Parchi nazionali del mondo reciterai ad altra voce in tedesco tutti i versi che conosci, e noi ti pensiamo così mentre continueremo a dare a Tua moglie e a Tuo figlio l'affetto che prima era riservato a Te.

Silvana Vassalli

I
SAGGI

Recesso e risoluzione: un difficile connubio

Sommario: 1. Premessa: il problema di fondo del diritto di recesso. 2. La nozione di recesso. Premessa. 2.1. La nozione del diritto di recesso e i suoi elementi. 2.2. Il recesso come negozio giuridico. 2.3. La causa del recesso. 3. Disomogeneità del linguaggio legislativo. 4. Il recesso legale per giusta causa e la caparra confirmatoria. Premessa. 4.1. La caparra confirmatoria. 4.2. La differenza funzionale tra risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria. 4.3. (segue) ... e la caparra penitenziale.

1. Premessa: il problema di fondo del diritto di recesso.

Il recesso¹, è l'atto volontario con cui una parte, soggetto di un rapporto

1. BALZARINI, *La disciplina dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali ed il diritto di recesso di cui al d.leg. 15 gennaio 1992, n. 50*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, p. 188; BELLANTUONO *Gli effetti del recesso nella negoziazione fuori dei locali commerciali*, in *Jannarelli (a cura di), Le vendite aggressive*, Napoli, 1995, p. 176; BRUNO, *La minaccia di far valere un diritto ed il recesso del lavoratore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 217; CALO', *Recesso e recessi nella multiproprietà*, in *Riv. notar.*, 1999, p. 305; CARRESI, *Il recesso unilaterale nel contratto di viaggio e l'imbarbarimento dell'offerta turistica*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, p. 213; CECCHI, *L'inefficacia del contratto*, in *Contratti Cendon*, Vol. VIII, Torino, 2000; CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 695; CICOGNA, *Ius poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderazione del consenso*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, 2, Milano, 1998, p. 165; ID, *Recesso e figure affini*, in *Foro pad.*, 1997, II, p. 45; CIMMINO, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Padova, 2000; CORRADO, *Recesso, revoca, disdetta*, in *Dir. econ.*, 1956, p.476; D'ALOJA, *Dichiarazione giudiziale di risoluzione per inadempimento recesso per giusta causa nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, p. 67; W. D'AVANZO, *Recesso (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1976, p. 1027 ss.; DAGNINO, *Contributo allo studio dell'autotutela privata*, Milano, 1983; G. DE NOVA, *Recesso (voce)*, in *Dig. Disc. Priv.*, XVI, Torino, 1988, p. 314 ss.; DI MAJO GIAQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, p. 110; DI SALVO, *Sul rapporto tra il recesso per giusta causa nel rapporto di lavoro e la risoluzione giudiziale per inadempimento*, in *Cass. civ.*, 1955, II, p. 98; FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; ID *Revoca*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, in *Il Codice Civile. Commentario* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 404 ss.; GABRIELLI - PADOVANI, *Recesso*, (voce) in *Enc. giur.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 27 ss.; GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 725; ID *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; GALGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. Impr.*, 1988, p. 18; M. R. DI GIAMBATTISTA, *Funzione risolutoria del recesso per inadempimento*, in *Giur. merito*, 1995, p. 610; GIOIA, *Caparra confirmatoria e risarcimento del danno*, in *Corriere. giur.*, 1998, p. 1147; GORGONI, *Recesso e disciplina del credito al consumo: tutela rafforzata del contraente extra moenia*, in *I Contratti*, 1999, p. 834; MANCALEONI, *La tutela del consumatore nei contratti a distanza alla luce della futura direttiva sul commercio elet-*

giuridico, e per questa tenuta a determinati obblighi, dichiara di volere ritirarsi dal rapporto contrattuale e liberarsi dai relativi obblighi con efficacia vincolante verso l'altro soggetto del rapporto.

Il recesso², ma ciò vale come si vedrà anche per il contratto di mutuo dissenso, si caratterizza dunque, per il “disvolere quel che prima si è voluto”³, e dunque evoca l'idea della ritrattazione di un atto giuridico da parte dei suoi stessi autori.

Prescindendo, per il momento, dal vaglio della terminologia corrente e, perciò stesso, dall'esame del valore tecnico da assegnarsi alle usuali espressioni-

tronico, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p.307; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione delle fattispecie. Il recesso ordinario*. Milano, 1962; MANES, *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, in *Contr. Impr. Europa*, 1996, p. 674; MENGARONI, (voce) *Analisi economica del diritto*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 1; MICCIO, *Il recesso unilaterale del contratto come diritto potestativo*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 373; MONTI, *Learned Hand Formula e buona fede nell'esecuzione del contratto. Analisi economica e comparata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 15; MOSCARINI, *Diritto di recesso e contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in AAVV (a cura di Vettori), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 224; MUSSO, *Diritto di recesso dei consumatori nelle vendite a distanza*, in *I Contratti*, 1998, p. 48; NANNA, *Contratti stipulati fuori dai locali commerciali e diritto di ripensamento: in margine ad un caso di ambiguità in ordine alla qualità di consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, p. 438; NATALE, *Caparra confirmatoria e negozi immediatamente traslativi della proprietà*, in *I Contratti*, 1999, p. 7; NIVARRA, *Ius variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 463; OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 46; PADOVANI, *Il recesso*, in *Tratt. contr.* diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 1233; PAGLIANTINI, *Poteri unilaterali di modificazione del rapporto contrattuale ed interesse legittimo di diritto privato*, in *Studi senesi*, 1998, p. 412; RIMINI, *Fornitura gratuita di energia elettrica e diritto di recesso*, in *I Contratti*, 1995, p. 519; ROMANI, *Appunti sull'analisi economica dei contratti*, in *Quadrim.*, 1985, p. 15; ROPPO, *Vendita a domicilio di valori mobiliari: formazione del contratto e recesso dell'investitore*, in *Contr. Impr.*, 1990, p. 106; SANGIORGI, *Rapporti di durata e recesso ad nutum*, Milano, 1965; ID, *Recesso*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 3 ss.; SANTASIERSE, *Preliminare di vendita di terreno con vincolo paesistico non dichiarato e diritto di recesso*, in *Nuovo dir.*, 1998, p. 847; SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 18; TABELLINI, *Il recesso*, Milano, 1962; ZAPPATA, *Recesso unilaterale per inadempimento e azione di risarcimento dei danni*, in *I Contratti*, 1988, p. 590; ZENO ZENCOVICH, *Il diritto di ripensamento nel contratto di assicurazione sulla vita: una nuova forma di tutela dell'assicurato*, in *Dir. econ. Assicur.*, 1996, p. 100; ZERELLA, *Collegamento contrattuale e diritto di recesso*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 429 ss.; ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *Tratt. Contr.* Diretto da Rescigno, II, Torino, 1999; SOFIA CECCONI, *Limiti al recesso del datore di lavoro e del lavoratore dal Fondo di previdenza complementare*, in *Giust. civ.* 1996, 2, 561.

2. Va segnalato che esiste una notevole confusione tra gli autori che si sono occupati dell'argomento. La stessa terminologia che viene usata è spesso vaga ed imprecisa. Si parla così promiscuamente di diritto vedi nota n. 3 e ss. P. 34 NOVARA

3. W. D'Avanzo, *Il recesso cit.*, p. 1029.

ni, revoca, disdetta, eliminazione, cancellazione, annientamento, distruzione, abolizione, rimozione, cessazione, estinzione, e alle altre consimili impiegate per designare fenomeni di questo tipo, sembra comunque incontestabile che il tema del recesso, confluisca in quello più ampio degli atti che “scrivono la parola fine su qualche cosa di giuridicamente vincolante”⁴.

Orbene, se con il recesso “la parte disvuole ciò che per l’innanzi aveva dichiarato di volere”⁵, occorre allora spiegare come sia possibile che un rapporto giuridico contrattuale, costituito dall’incontro della volontà di tutte le parti, e perciò stesso vincolante nei loro confronti *ex art. 1372 cod.*, possa essere eliso con una mera dichiarazione unilaterale di una (sola) parte. Altrimenti detto: come coniugare il diritto di recesso con la pretesa forza di legge del contratto? ⁶

La difficoltà di una pronta e convincente risposta è resa ancora più difficile dalla osservazione che, nei rapporti privatistici, le parti sono in posizione di parità, per cui una modificazione del rapporto giuridico, che le vincola, non può determinarsi se non per legge o per la stessa volontà che ebbe a crearlo.

Per ora sia sufficiente soltanto accennare a tali questioni che costituiscono i “problemi di fondo” dell’istituto in parola.

2. La nozione di recesso. Premessa.

Il recesso⁷, ha effetti paralleli – in senso contrario – a quelli del contratto originario⁸. In questa prospettiva, va posto sull’identico piano della cessazione

4. L’espressione è di SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, p. 19 ora ristampata Napoli, 1980, e v. ora *Revoca*, in *Noviss. Dig. it., Revoca*, vol. XV, Torino, 1969, p. 808 ss.

5. Così W. D’AVANZO, *Il recesso cit.*, p. 1029.

6. La rilevata difficoltà che presenta il problema del fondamento del recesso ci sembra vada rintracciata nel fatto che questo viene a incidere su di un rapporto giuridico che ha già prodotto e continua a produrre gli effetti suoi propri; di guisa che l’interprete si trova di fronte a una volontà che si presenta duplice: volere il rapporto, facoltà di non volerlo più.

7. Il codice civile del 1942, come già quello previgente, non contiene una espressa definizione del recesso. A differenza di quanto accadeva nel codice del 1865, esso contiene però la disposizione di cui all’art. 1373 sul recesso unilaterale dal contratto, inserita nel capo V del titolo II del libro IV, rubricato “Degli effetti del contratto”. Tale disposizione disciplina esclusivamente il recesso convenzionale, che si aggiunge al recesso legale (laddove previsto dal legislatore nei singoli contratti), già conosciuto dal precedente codice. L’istituto del recesso in quanto riconoscimento all’autonomia privata di convenire che il contratto cessi di avere forza di legge per volontà di una sola di esse), indica una tecnica offerta dall’ordinamento ai privati per realizzare particolari assetti dei loro interessi e, nei rapporti di durata in particolare, indica un potere necessario funzionale al rispetto del principio della temporaneità dei vincoli obbligatori e alla tutela della libertà individuale da legami suscettibili di prolungarsi in perpetuo. In dottrina W. D’AVANZO *Il recesso cit.*, p. 1027.

8. Nello stesso senso, si vedano tra gli altri Franzoni, *Degli effetti del contratto. Efficacia*

del rapporto per mutuo dissenso⁹. Esprimendo il concetto per immagini, “si potrebbe paragonare il rapporto contrattuale ad una stanza avente da un lato come porta d’entrata il contratto originario, e dall’altro come porta d’uscita il mutuo dissenso o il recesso”¹⁰. Tutto ciò significa che il recesso ha effetti non soltanto costitutivi, (creazione di una situazione giuridica nuova) sia pur estintivi (cessazione del rapporto¹¹), ma anche bilaterali “sinallagmatici”. Infatti, con il recesso, entrambe le parti del rapporto sono private di un diritto, consistente nella ricezione dell’altrui prestazione, e, corrispettivamente, vengono liberate dall’obbligo consistente nella esecuzione della propria prestazione. Ciò avviene in modo, appunto, paritetico ed inverso rispetto al contratto originario che a quei diritti ed obblighi aveva dato vita.

Carattere costante e indefettibile del recesso, sia esso legale o convenzionale, è, comunque, quello di causare l’estinzione del vincolo contrattuale. E ciò sia nell’ipotesi in cui il contratto sia stato costituito da due sole parti, sia nel caso in cui il contratto, pur essendo con più di due parti, la presenza della parte che recede debba considerarsi essenziale. In tale ultimo caso, qualora, invece, la partecipazione della parte recedente non debba considerarsi essenziale, il recesso causerà una doppia vicenda: una vicenda estintiva nei confronti della parte che recede e una (oggettivamente) modificativa nei confronti delle parti c.d. superstiti¹².

Orbene, da quanto detto, è possibile sottolineare come la volontà del recedente si riveli di per sé sola idonea a creare una nuova situazione giuridica nei riguardi di chi, destinatario di quella volontà, è vincolato ai relativi effetti¹³,

del contratto e recesso unilaterale, in *Il Codice Civile. Commentario* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1998, GABRIELLI - PADOVANI, *Recesso*, cit., p. 27 ss.; GABRIELLI, *Recesso e risoluzione* cit., p. 725; CICOGNA, *Ius poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderazione del consenso*, cit. p. 165; ID, *Recesso e figure affini*, in *Foro pad.*, 1997, II, p. 45.

9. Per una sostanziale equipollenza tra revoca e recesso vedi E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli, XV, Torino, p. 244 ss. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. Civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1969, p. 211.

10. Così T. TABELLINI, *Recesso* cit., p. 64.

11. F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1987, p. 844. Carattere costante e indefettibile del recesso, sia esso legale o convenzionale, è di causare l’estinzione del vincolo della parte che recede con conseguente estinzione del contratto quando sia con due sole parti o quando, pur essendo con più di due parti, la partecipazione della parte che recede debba considerarsi essenziale, mentre quando non debba considerarsi essenziale il recesso causerà una doppia vicenda: una vicenda estintiva nei confronti della parte che recede e una (oggettivamente) modificativa nei confronti delle parti superstiti.

12. F. CARRESI, *Il contratto* cit., p. 844.

13. L. DEVOTO, *op. cit.* p. 191 include anche il diritto di recesso tra i diritti potestativi e cioè “tra i poteri diretti a (tras) formare una situazione giuridica: rispetto a questa trasformazione il titolare passivo del rapporto potestativo è più tosto soggetto che debitore od obbligato. Nel

senza possibilità di opporvisi^{14 15 16}.

2.1. La nozione del diritto di recesso e i suoi elementi.

Secondo la una nozione mutuata “dall’uomo della strada”, recesso sta a significare l’atto di chi, trovandosi in una determinata relazione con altri, di questa dichiara di non voler più far parte¹⁷. Non dissimile è il significato giuridico¹⁸.

Le definizioni dottrinarie, come emerge da quanto esposto nel § precedente, presentano il comune denominatore di sottolineare il potere del recedente, mediante un atto di volontà unilaterale¹⁹ estintivo di quel vincolo che

campo del diritto sostanziale, la nozione di diritto potestativo corrisponde alla posizione strumentale del rapporto relativo: chi ha diritto potestativo può formare, modellare quasi, secondo propri interessi, una situazione in cui vi è un soggetto passivo, la cui posizione viene modificata dall’esercizio del diritto potestativo, che peraltro non si dirige alla realizzazione vera e propria del contenuto del rapporto. La (tras) formazione della situazione assoluta invece rientra sempre nell’esercizio del diritto principale e non se ne distacca in forma autonoma”.

14. Il recesso, poi, è sicuramente un diritto potestativo non autonomo. Esso, infatti, abbisogna necessariamente di un rapporto giuridico preconstituito sul quel è destinato a operare. Nota W. D’AVANZO, *Il recesso* cit. p. 1030, “riferito il recesso a un rapporto giuridico, ne segue che esso non può avere vita propria. La sua vita, infatti, inizia e finisce con il rapporto giuridico, eccettuata l’ipotesi di un termine al suo esercizio”.

15. W. D’AVANZO, *Il recesso* cit., p. 1027. Nello stesso senso si esprime la cfr. Cass. 28 gennaio 1976, n. 267 “Si supera, così, l’opinione che, pur ritenendo il recesso diritto potestativo, contesta sia un diritto soggettivo, in quanto a esso non si contrapporrebbe alcun obbligo. Questo rilievo non è corretto in quanto: innanzitutto perché se si tratta dell’esercizio di un potere, deve necessariamente riferirsi a un diritto soggettivo; in secondo luogo perché il dovere è connaturato al concetto di diritto, anche se sotto certi aspetti, che peraltro qui sono ininfluenti, esso si distingue dall’obbligo”.

16. TABELLINI *Il recesso*, cit. evidenzia che con riguardo al diritto di recesso “il mutamento di situazione che il recesso determina è la cessazione del rapporto contrattuale; ma è elementare che nel nostro ordinamento giuridico, il diritto potestativo di far cessare unilateralmente un rapporto contrattuale non si attua solo negozialmente, ma anche giudizialmente. Vi sono cioè dei casi in cui il legittimato ha il potere di far cessare unilateralmente il rapporto contrattuale mediante istanze giudiziali e conseguente pronunce del Giudice; e altri casi, invece, nei quali il legittimato ha il potere di fa cessare unilateralmente il rapporto mediante negozio di recesso”.

17. Così W. D’AVANZO, *op.ult. cit.*, p. 1027.

18. MOLTOR, *Die Kündigung, Mannheim* Berlino e Lipsia, 1935 p. 1 definisce il recesso come “negozio giuridico unilaterale, recettizio, che pone fine per il futuro a un rapporto giuridico (...) a durata indeterminata”.

19. Come si avrà modo di vedere analizzando il recesso quale strumento necessario per svincolarsi dai rapporti perpetui, il L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1917, p. 898, afferma “ognuno deve essere libero di spezzare quando gli sembri un rapporto locativo, che lo vincola senza determinazione di tempo (...)”.

tra le parti, secondo il dettato normativo, ha invece forza di legge^{20 21}.

Da quanto sino ad ora detto, emerge un primo dato: il diritto di recesso si estrinseca, di certo, attraverso una manifestazione di volontà²² volta alla cessazione del rapporto contrattuale²³. Di tutta evidenza ne è allora la sua natura di negozio giuridico²⁴ e non già un semplice atto in senso stretto²⁵, poiché esso tende all'annientamento di un rapporto giuridico già costituito²⁶.

20. R. SCOGNAMIGLIO *Dei contratti*, cit., p. 213, "Si ha per l'appunto recesso, quando una delle parti, esercitando il corrispondente potere, delibera — del che deve dar notizia all'altra parte (negozio recettizio) — di porre fine al rapporto contrattuale".

21. W. D'AVANZO, *Recesso* cit., p. 1027 "Il recesso, infatti, è l'atto volontario con cui una parte, soggetto di un rapporto giuridico e per questa tenuta a determinati obblighi, dichiara di volere ritirarsi dal rapporto e liberarsi dai relativi obblighi con efficacia vincolante l'altro soggetto del rapporto".

22. Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti* cit., p. 213; W. D'Avanzo, *Il recesso*, cit., p. 1027.

23. DI MAJO-GIAQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, cit., p. 116, "Il recesso assolve alla funzione di assicurare all'un contraente una posizione di vantaggio rispetto all'altro e ciò nel senso, di riconoscere efficacia, alla volontà unilaterale di ritenersi svincolata dal contratto".

24. Cfr. G. Novara, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961, p. 105 ss. Non è mancato tuttavia chi ha ritenuto che il diritto di recesso non dia luogo ad un negozio. GORLA, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1938, p. 24 ha evidenziato in proposito che mentre il negozio, secondo la sua concezione tradizionale ci viene presentato come una dichiarazione di volontà diretta a produrre un effetto che la legge le riconosce, nell'atto dispositivo la volontà assume un aspetto meramente strumentale di mezzo per l'esercizio di un potere giuridico, sicché il riconoscimento degli effetti che da esso derivano è già anticipatamente predeterminato dalla legge con il riconoscimento del potere che attraverso l'atto viene appunto esercitato. Da ciò se ne è concluso che la volontà non avrebbe qui una sfera autonoma di vita propria e non sarebbe quindi lecito parlare di negozio giuridico in senso stretto. Siffatta impostazione non sembra però cogliere nel segno. È sicuramente vero che l'atto di recesso nella e della vita del potere che con esso si esercita, di guisa che i suoi effetti si producono soltanto entro limiti segnati dalle norme da cui lo stesso potere trae origine. Ma ciò non sembra essere sufficiente per escludere il recesso dall'ambito dei negozi giuridici e ciò in quanto la sfera della volontà dei privati è sempre più o meno limitata nel campo negoziale. In tal senso v. G. NOVARA, *op. ult. cit.*, p. 10. Vedi altresì T. TABELLINI, *Il recesso* cit., p. 9; N. DISTASO, *Il contratto in generale* cit., p. 947; W. D'AVANZO, *Recesso* cit., p. 1030; GABRIELLI-PADOVANI, *Recesso* cit., p. 42; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale* cit., p. 122; M. FRANZONI, *Degli effetti* cit., p. 372.

25. P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, pp. 85-117, vedeva nel recesso un atto giuridico non negoziale, impugnabile soltanto per difetto della capacità di intendere e di volere; *contra* tra gli altri S. CECCONI, *Recesso dal contratto a tempo indeterminato e modificazione unilaterale* in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 434; M. TIRABOSCHI nota a Cass. 9 giugno 1993, n. 6408, in *Orient. giur. lav.*, 1994, p. 6; W. D'AVANZO, *op. cit.*, p. 1034.

26. D. CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Torino, 1939. Per la dottrina tedesca si veda la fondamentale opera di MOLITOR, *Die Kündigung*, Mannheim, 1951, p. 2 ss.

Di più: un negozio giuridico²⁷ unilaterale²⁸, non revocabile²⁹, costituti-

27. F. DELFINI, *Lo scioglimento unilaterale del contratto di compravendita immobiliare*, in *Recesso e risoluzione* a cura di G. De Nova, p. 161. La circostanza che si tratti di negozio giuridico unilaterale, diretto a produrre effetti tra vivi, composta quale conseguenza l'applicazione delle norme sui contratti in generale, e, in particolare dell'art. 1324 Cod. Civ. che presuppone necessariamente la qualificazione negoziale dell'atto unilaterale. ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Torino, 1952, p. 150 ss. E. RAVIERA, *Il recesso*, Milano, p. 30 richiamando il A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 497 evidenzia che "A tale conclusione la dottrina giunge anche per il recesso determinativo, che pone cioè fine ad un rapporto di durata privo all'origine di determinazione temporale; alcuni, in dottrina, avevano infatti ritenuto che gli atti, che si limitano a specificare il contenuto di situazioni giuridiche ancora generiche, vadano definiti dichiarazioni non negoziali di volontà e regolati secondo la disciplina propria di questa figura". G. GABRIELLI, *Vincolo cit.*, p. 124 obietta a tale impostazione evidenziando che "anche lo specificare importa un disporre, ancorché entro certi prefissati; e proprio nel carattere della dispositività si ravvisa, d'altra parte, un indice determinante, se non addirittura necessario, della natura negoziale di un atto, considerato sotto il profilo della funzione. Sarebbe ben singolare, del resto, che quella stessa operazione di determinazione quantitativa dell'oggetto contrattuale — la quale, se compiuta al momento della costituzione del rapporto, indubbiamente si presenta come una parte dell'atto di esercizio dell'autonomia negoziale — mutasse natura, quando il compimento, sempre per opera dei contraenti, ne fosse rimesso a un momento successivo. Da altro profilo, può osservarsi che il riferimento a un "regolare" il rapporto, contenuto nella norma dell'alt. 1321 Cod. Civ., "apre la possibilità di far spaziare gli effetti del contratto in un settore molto ampio". Non si vede, allora, perché dovrebbe negarsi al recesso determinativo la natura li atto cui si applica la disciplina contrattuale, giusta la norma del successivo art. 1324 Cod. Civ., se di esso non può certo contestarsi la destinazione a "regolare" un preesistente rapporto".

28. Sulla natura unilaterale la dottrina è assolutamente pacifica. Si vedano tra i tanti, F. DELFINI, *Lo scioglimento unilaterale del contratto di compravendita immobiliare*, cit., p. 161.

29. Il recesso non è revocabile. Il pentimento del recedente può assumere giuridico rilievo, una volta prodotto il suo effetto estintivo, soltanto attraverso la rinnovazione del contratto ossia attraverso un nuovo incontro della volontà delle parti; per la stessa ragione non è apponibile al recesso la condizione risolutiva Cfr G. GABRIELLI - PADOVANI, *op. cit.*, p. 44; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 314; M. FRANZONI *op. cit.*, p. 316. Frequente è la casistica in materia di pretesa revoca del licenziamento o delle dimissioni del lavoratore, vale a dire di revoca del recesso, rispettivamente del datore e del prestatore, dal contratto di lavoro subordinato. Cass. 20 novembre 1990, n. 11179, in *Notiz. giur. lav.*, 1991, p. 194; Cass. 28 settembre 1995 n. 10252, in *Giur. it.* 1996, I, c. 730. Resta però salvo il potere del recedente di chiedere al giudice l'annullamento del recesso, ad esempio perché viziato da violenza morale. La questione è stata affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza specialmente per quanto attiene alle dimissioni del lavoratore. In dottrina cfr. GORLA, *Annulabilità delle dimissioni per incapacità naturale o per vizi della volontà*, in *Dir.lav.*, 1984, II, p. 447 ss.; D'AVOSSA, *L'ammissibilità delle dimissioni per violenza morale*, in *Dir e pratica del lav.*, 1988, p.1535 ss.; SATURNO, *Dimissioni estorte e annullamento*, in *Giur. merito*, 1992, p. 1176; BRIDA, *Dimissioni del lavoratore e violenza morale*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 222; BRUNO, *La minaccia di far valere un diritto cit.*, p. 217 ss.; ALTRUI, *Annullamento delle dimissioni e vizi della volontà: la minaccia di far valere un diritto*, *Nuovo dir.*, 1999, p. 337 ss.; Citrulli, *In tema di annullamento delle dimissioni*, in *Giur.merito* 1992, p. 601 ss.; MAMMONE, *Dimissioni volontarie del lavoratore e vizi del consenso*, in *Riv.it.dir.lav.* 1989,II, p. 834 ss. È

vo-estintivo di natura recettizia, non sottoponibile a condizione risolutiva³⁰ e che determina il sorgere di una nuova situazione giuridica, che consiste, appunto, nella cessazione del rapporto³¹.

Circa la forma³² del negozio di recesso, è generalmente sostenuta in dot-

affermazione acquisita in giurisprudenza (v. Cass. 19 agosto 1996, n. 7629, in *Giust. civ. Mass. 1996, p. 1186*.) che il recesso del lavoratore, in quanto atto unilaterale tra vivi avente contenuto patrimoniale, in virtù dell'art. 1324 Cod. Civ., soggiace alle norme che regolano i contratti, comprese quelle in tema di annullabilità per vizi della volontà. L'interprete, in sede di giudizio di compatibilità *ex art.* 1324 Cod. Civ., deve orientarsi nel senso di ritenere compatibili con esso le norme che non presuppongono la bilateralità dell'atto, e tali sono - per orientamento consolidato - quelle attinenti ai vizi della volontà per gli atti unilaterali quali l'esercizio del diritto di recesso. L'ordinamento esige che la volontà sia immune dai vizi del consenso negli atti unilaterali non meno che nei contratti. La violenza morale può estrinsecarsi secondo una "fenomenologia varia ed indefinita", e quindi anche in modo non esplicito ma indeterminato o indiretto, "sempreché sussista il requisito - indefettibile per la rilevanza di tale forma di violenza - che la minaccia sia specificamente diretta al fine di estorcere il consenso per l'atto di cui si chiedi l'annullamento" (Così Cass. 16 gennaio 1984, n. 368, in *Giust. civ. Mass. 1984, fasc. I*). Per quanto riguarda l'annullamento per errore, questo, per principi generali, è subordinato alla riconoscibilità dell'errore da parte del destinatario della dichiarazione. Cfr. in tal senso E. BRIDA, *Dimissioni del lavoratore e violenza morale*, in *Dir. lav.*, 1996, I, p. 222.

30. Secondo Cass. 30 ottobre 2001 n. 13523, *Riv. it. dir. lav.* 2002, II, 599, con nota di STANCHI, ma anche in *Dir. giust.* 2001, n. 42, 74, con richiami di S. EVANGELISTA alla speciale disciplina delle dimissioni dal pubblico impiego "il lavoratore non può sottoporre le dimissioni a condizione risolutiva poiché in pendenza di questa il rapporto di lavoro sarebbe sottoposto ad incertezza (ma in realtà con le dimissioni il rapporto è estinto e l'avveramento della condizione servirebbe a ripristinarlo)".

31. In tema di efficacia degli atti unilaterali, è noto come la dottrina, seguita dalla giurisprudenza, distingua tra dichiarazioni *recettizie* e *non recettizie*: se è vero che non esistono dichiarazioni senza destinatario, è altrettanto vero che, fra di esse, talune (quelle recettizie) devono essere emesse di fronte ad un destinatario determinato, ed a lui vanno comunicate, in ragione dell'interesse che egli ha al contenuto della dichiarazione; talaltre (quelle non recettizie), invece, non hanno un destinatario determinato, e per esse è sufficiente l'emissione. La dichiarazione recettizia, quindi, è una dichiarazione che deve essere ricevuta: essa non acquista compiuta rilevanza e non è produttiva di effetti fino al momento in cui non raggiunga il destinatario [Sul tema si vedano: GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano 1959, p. 385 ss.; CARRARO, voce *Dichiarazione recettizia*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino 1960; GIAMPICCOLO, voce *Dichiarazione recettizia*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale (artt. 1321-1352)*, in *Comm. Cod. Civ. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1970; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, I, IV, t. II, Torino 1980; CASTIGLIA, voce *Dichiarazione*, in *Enc. giur.*, X, Roma 1988; SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, t. I, Torino 1993].

32. In tema di forma vi è una letteratura sterminata. Si vedano, tra i tanti, A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 203 ss.; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.* 2001, II, 395; M. DI PAOLO, *La forma del contratto*, in *Nuova giur. civ. commentata* 1991, II, p. 172 ss.; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 539 ss.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*. Milano, 1997.

trina la tesi della libertà, canonizzata indirettamente dall'art. 1350 Cod. Civ. e, perciò, della non necessità della stessa forma imposta dalla legge per il negozio revocato³³. Siffatta impostazione, però, porta con sé un rischio inaccettabile: quello di nuocere alla chiarezza delle situazioni giuridiche nel campo immobiliare³⁴. Risulta dunque corretta, la tesi di chi³⁵ ritiene necessaria la forma scritta quando il recesso costituisca *contrarius actus* di un negozio formale, come ad esempio quando esso comporti ritrasferimento di beni immobili (art. 1350 Cod. Civ.). La giurisprudenza non è uniforme: talvolta essa richiede la stessa forma dell'atto da cancellare³⁶, mentre altre volte ammette che la forma espressamente prevista dalla legge (art. 3, l. 27 luglio 1978, n. 392) possa essere sostituita da altra equivalente e quindi anche da un atto processuale che univocamente riveli la volontà del recedente³⁷. A volte è la legge a permettere il recesso per fatti concludenti, come nel l'art. 1724 Cod. Civ., che prevede la revoca tacita del mandato. Quanto al recesso dal rapporto di lavoro, è richiesta la forma scritta sia se esercitato dal datore di lavoro mediante il c.d. licenziamento, come disposto dall'art. 2 della risalente legge n. 604/1966, sia se esercitato dal lavoratore mediante le c.d. dimissioni, che, come dispone l'art. 26, comma 1, del più recente d.lgs. n. 151/2015, “sono fatte a pena di inefficacia

33. W. D'AVANZO, *Recesso*, cit., c. 1028.

34. S. SANGIORGI, *Recesso*, cit., n. 6.1; C. TAROLO, *Lo scioglimento del contratto preliminare*, in AA.VV., *Recesso e risoluzione*, cit., p. 94.

35. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *op. cit.*, p. 44; M. FRANZONI, *Degli effetti* cit., p. 334.

36. Cass. 28 gennaio 1976, n. 267, in *Giur. it.*, 1977, I, c. 934 afferma che “l'atto con il quale si esercita il diritto potestativo di recesso di cui all'art. 1373 Cod. Civ., integra un negozio giuridico unilaterale recettizio che deve sottostare alle medesime garanzie di forma prescritta per la costituzione del rapporto contrattuale alla cui risoluzione il recesso stesso è preordinato. Pertanto, la manifestazione di volontà rivolta allo scioglimento di un contratto preliminare di vendita immobiliare, redatto per iscritto a norma dell'art. 1351 Cod. Civ., deve necessariamente assumere la forma scritta e non può, quindi, essere desunta dal comportamento omissivo opposto da una delle parti all'invito rivoltole dall'altro contraente di prestarsi alla stipula dell'atto definitivo”. Nello stesso senso Cass. 14 agosto 1986, n. 5059, in *Giurisprudenza del contratto*, II, cit. p. 37 s.: nel caso di specie, i giudici hanno rilevato, infatti, che “il recesso, costituisce un negozio giuridico unilaterale recettizio soggetto alle stesse garanzie formali del contratto nel cui ambito viene esercitato” richiedendosi, pertanto, nella specie, una dichiarazione con forma scritta *ad substantiam* (si trattava di atto di permuta di beni immobili); conf. N.A. CIMMINO, nella quale sentenza si legge che “l'atto di recesso da un contratto integra un negozio recettizio unilaterale il quale rimane soggetto alle stesse garanzie di forma prescritte per il contratto costitutivo del rapporto al cui scioglimento il recesso sia finalizzato”.; Cass. 18 febbraio 1994, n. 1609; Cass., 27 aprile 1961, n. 945, in *Foro it.*, 1961, I, c. 1256; in dottrina v. tra gli altri, M. DOGLIOTTI, *Recesso unilaterale* cit., p. 1306.

37. Cass., 6 giugno 1988, n. 3816, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2919; Cass. 3 ottobre 1997, n. 9666; 11 giugno 1998, n. 11899; 21 settembre 2000, n. 12496; *Contra*, Cass. 2 ottobre 1980, n. 5340.

esclusivamente con modalità telematiche su appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali”.³⁸ Si noti tuttavia che, se il giustificato motivo o la giusta causa del recesso del datore di lavoro consistano in un illecito disciplinare, il licenziamento assume una natura sanzionatoria (art. 2106 Cod. Civ.) e la sua legittimità è condizionata non solo dalla forma scritta della contestazione ma anche dall’esperienza di una procedura extra-giudiziale in contraddittorio (art. 7, l. 20 maggio 1970, n. 300). Esso richiede allora la forma propria della contestazione di un addebito, necessariamente tempestiva e specifica nei suoi elementi di fatto e di diritto, sì da garantire all’incolpato il diritto di difesa³⁹.

2.2. Il recesso come negozio giuridico.

Occorrono, dunque volontà e capacità come nei negozi.

Negozio unilaterale, perché, come si diceva, per virtù di una norma apparentemente eccezionale, basta la volontà di un solo dei soggetti del rapporto⁴⁰.

Negozio recettizio⁴¹, perché bisogna che la volontà di recedere sia comu-

38. M. PICCARI, *Dimissioni del lavoratore e risoluzione del rapporto per mutuo consenso*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI, Torino, 2020, pagg. 1422 e segg.

39. Cass. 17 aprile 1987, n. 3845, in *Notiz. giur. lav.*, 1987, p. 456; Cass. 13 marzo 1992, n. 3404, *ivi*, 1992, p. 539; Cass. 18 febbraio 1996, n. 884.

40. V. tra i tanti, A. DI ZILLO, *Il recesso nelle società di persone e la giusta causa: effetti nei confronti dei soci e dei terzi*, in *Riv. notariato* 2004, 5, 1246 ss. “Il recesso deve intendersi come negozio unilaterale recettizio con il quale, attraverso l’esercizio di un diritto potestativo, legale o convenzionale, ad una delle parti contraenti è consentito di potersi sciogliere dagli obblighi contrattuali sottoscritti, ritirandosi dal rapporto stesso”.

41. Se viene fissato un termine entro cui esercitare il diritto di recesso, si discute se sia tempestiva la dichiarazione di recesso spedita al destinatario entro il termine assegnato (dalla legge o dal contratto), ovvero se sia necessario che, entro quel termine, la dichiarazione pervenga a conoscenza del destinatario medesimo. stante la natura recettizia dovrebbe concludersi per la seconda opzione interpretativa citata. Tuttavia la giurisprudenza ritiene che sufficiente ai fini di un corretto esercizio del diritto di recesso che la raccomandata sia soltanto spedita nel termine fissato e non già, dunque, che entro quel termine giunga ad effettiva conoscenza del destinatario. Cfr. in tal senso Cass., 15 maggio 1980, n. 3200, in *Giur. it.*, 1981, I, c. 1122; Cass. 5.6.1985, n. 3353, *Giur. it.*, I, c. 1370. Contra G. GABRIELLI, *Vincolo cit.*, p. 149. La giurisprudenza Cass. 3. gennaio 1998, n. 12, *Giur. Comm.*, 1999, II, p. 245, peraltro con riguardo al recesso del socio nelle società di capitali, ex art. 2437 Cod. Civ. ha evidenziato che la brevità del termine (tre giorni) entro cui esercitare tale diritto, non può portare l’interprete ad affermare che in tali casi viga la regola della spedizione e non già della ricezione della raccomandata con la quale il diritto in esame viene esercitato. “Né vale in contrario, l’obiezione che, stante la brevità del termine e la prescrizione normativa per la quale la dichiarazione deve essere trasmessa con raccomandata, una siffatta lettura della norma rende pressoché impossibile l’esercizio del diritto di recesso riconosciuto al socio dissenziente.

nicata all'altro contraente⁴².

Da quanto appena esposto emerge, *ictu oculi* un'ulteriore caratteristica: il recesso è un negozio giuridico di secondo grado in quanto opera su un rapporto giuridico già esistente, e quindi si ricollega pur sempre alla volontà espressa da tutti gli interessati nel contratto che a quel rapporto ha dato vita (a parte poi, si intende, le ipotesi nelle quali il potere di disporre di diritti altrui mediante negozio unilaterale, derivi direttamente da specifiche disposizioni normative)⁴³.

Per un verso, perché l'argomento si risolve nella mera prospettazione di un inconveniente, sicché non vale ad inficiare la ricostruzione del precetto normativo imposta dal dato letterale. Per altro verso, perché la norma, anche se prevede la trasmissione della dichiarazione di recesso a mezzo della raccomandata, non esclude, di modo che lo rende ammissibile, che la trasmissione avvenga attraverso altre forme (quali, ad esempio, il telegrafo, la notifica a mezzo di ufficiale giudiziario, il telex) che presentino la stessa certezza della raccomandata ovvero una maggiore.

42. Ne discende che anche in caso di recesso troverà applicazione, come per tutti gli atti recettivi, l'art. 1335 di guisa che questo si reputerà conosciuto nel momento in cui giunga all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia. In giurisprudenza si veda Cass. 7.10.1993, n. 9943, *Giur.it*, 1995, I, 90. Dalla natura recettizia dell'atto di recesso deriva, quale corollario, la possibilità, per il recedente, di ritirare l'atto, prima che esso giunga a conoscenza (nei termini sopra precisati) del destinatario. In tal senso si vedano G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 105; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale* cit., p. 149.

43. In giurisprudenza si vedano tra le altre Cass. 19 maggio 1979, n. 2873, in *Mass. Giu. civ.*, p. 5; Cass. 7 giugno 1990, n. 5454, in *Foro it*, 1991, I, c. 172. In dottrina, tra gli autori che si sono occupati specificatamente del problema, cfr. W. D'AVANZO *op. cit.* c. 1030 ss. "Pur limitato ai rapporti giuridici patrimoniali, il recesso non opera su questi indiscriminatamente. Una prima limitazione deriva proprio da quello che è l'effetto del recesso: il liberarsi della parte, che lo esercita, dall'obbligo cui era tenuta in forza del rapporto giuridico. Ma obblighi possono sorgere anche in rapporti che derivano non da contratto, ma dall'essere taluno titolare di un diritto reale, per cui può costringere chiunque a astenersi da atti che gli rendano impossibile o più difficile l'esercizio dell'*ius* in recesso. Ora, se in questa ipotesi il soggetto, che ne è titolare, rinuncia al diritto reale, non è da vedersi in ciò un caso di recesso. Ne fa difetto un elemento costitutivo; manca, cioè, per il recedente quell'obbligo di permanere nel rapporto, obbligo dal quale egli, con il recesso, intende liberarsi". Tali considerazioni servono a escludere il recesso nei casi di abbandono liberatorio. L'abbandono, infatti, è caratterizzato dalla intenzione di chi lo compie di sottrarsi a un particolare obbligo, collegato alla sua qualità di titolare di un rapporto reale. Si pensi al proprietario che rinuncia al diritto reale di proprietà in comunione sul muro, per esimersi dall'obbligo di contribuire nelle spese di riparazione e di ricostruzione. In caso di recesso il soggetto non rinuncia a un obbligo ma a un diritto: il diritto, cioè di continuare a essere soggetto di un rapporto giuridico. L'obiezione non risulta fondata. Nei casi indicati, si instaura una obbligazione vera e propria denominata *proper rem*. Queste, che si collocano in una posizione intermedia tra gli *iura* in recesso aliena e i diritti di credito, costituiscono dei rapporti obbligatori caratterizzati dal fatto che l'individuazione del soggetto passivo e attivo avviene *per relationem*. Le caratteristiche di questo istituto sono, infatti, l'accessorietà rispetto a un rapporto di natura reale e l'ambulatorietà (cioè l'automatico trasferimento dell'obbligo a

La natura di negozio giuridico unilaterale recettizio⁴⁴ di secondo grado risulta chiara qualora si ponga mente alla sua struttura. Tenendosi sempre ben presente l'ambito bilaterale (sinallagmatico) in cui recesso dispiega i suoi effetti, e volendo quindi mantenere un parallelo con la struttura del contratto, si può dire che: "il contratto nasce dalla somma di due volontà manifestate; e invece il negozio di recesso nasce dalla somma di una sola volontà manifestata più una conoscenza (*rectius* una ricezione, o una riconoscibilità *ex art.* 1335 Cod. Civ.) della manifestazione stessa"⁴⁵. Il negozio di recesso è dunque una fattispecie complessa, che si completa solamente quando sussistano entrambi gli elementi predetti. A siffatta costruzione aderiscono perfettamente i più affermati insegnamenti, relativi alla perfezione ed efficacia degli atti recettivi"⁴⁶. La partecipazione della controparte del recedente, alla formazione del negozio di recesso, è pertanto non solo affatto passiva, ma addirittura priva di qualsiasi attività psichica che non sia la mera percezione — cui può essere equipollente (art. 1335 Cod. Civ.)⁴⁷ anche soltanto una situazione di fatto nella

seguito del diritto reale cui esso è collegato). Si tratta di vere e proprie obbligazioni dal momento che il rapporto con la res serve solo come modo di individuazione del soggetto che muta con l'avvicinarsi del rapporto reale. Qui, dunque, a ben vedere con il recesso è bensì vero che il soggetto "rinuncia" a un obbligo ma anche a un diritto: il diritto, cioè di continuare a essere soggetto di un rapporto giuridico.

44. Cass. 19 maggio 1979, n. 2873; 28 settembre 1998, n. 9696; Cass. 21 aprile 1983, n. 2741, in *Mass. Giur.Civ.*, *ivi*, 1983, p. 4; Cass. 14 agosto 1986, n. 5059, *ivi*, 1989, p. 8. In dottrina si veda E. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 94; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 59; C. DORE, *Sulla natura recettizia delle dimissioni del lavoratore, nota a Trib. Cagliari 2 maggio 1997 n. 209*, in *Riv. giur. Sarda* 1999,II, p. 527 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia* cit., p. 80 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. del Cod. Civ.*, 2° edizione, Torino, 1967, p. 269; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale* cit., p. 139; F. CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 844; M. FRANZONI, *Degli effetti* cit., p. 313; C.M. BIANCA, *Diritto civile 3, Il contratto*, Milano, 2000, p. 737; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 154. In giurisprudenza si vedano tra le altre, Cass. 7 giugno 1990, n. 5454; in *Foro it.*, 1991, I, c. 172 ss. con nota di R. ROSSI; Cass., 14 agosto 1986, n. 5059, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Contratto in genere*, c. 624, n. 244; Cass., 19 maggio 1979, n. 2873, *ivi*, 1979, voce *cit.*, c. 567, n. 223; Cass., 28 gennaio 1976, n. 267, *ivi*, 1979, voce *cit.*, c. 670, n. 144.

45. T. TABELLINI, *Recesso* cit., p. 60 ss.

46. Cfr. T. TABELLINI *op.ult cit.*, p. 61; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, cit., p. 181.

47. Accolto il c.d. principio di ricezione, temperato dalla possibilità di una prova contraria [V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. discipline privatistiche*, IV civ., IV, Torino 1989, p. 105]. Con l'arrivo della dichiarazione all'indirizzo del destinatario, il legislatore stabilisce (art. 1335 Cod. Civ.) una presunzione di conoscibilità, parificata alla conoscenza. La prova concessa al destinatario verte, quindi, sul fatto che - senza sua colpa è mancata proprio quella oggettiva possibilità di conoscere, che la legge reputa normale con il giungere della dichiarazione al suo indirizzo. Così GIAMPICCOLO, voce *Dichiarazione* cit., p. 388. Per l'impossibilità senza colpa (ove la dottrina e giurisprudenza intendono un impedimento estraneo alla sfera dell'organizza-

quale l'interessato, potendo conoscere, neppure percepisca⁴⁸. Talché, riprendendo ancora il parallelo tra contratto e negozio di recesso, si può dire che, mentre il contratto risulta dalla fusione di due atti (due manifestazioni di volontà), il recesso risulta dalla somma di un atto (dichiarazione del recedente) più un fatto. Il carattere unilaterale del diritto di recesso non viene meno nemmeno qualora il suo esercizio sia legato al pagamento di una penale poiché ciò che viene corrisposto va considerato più quale risarcimento (previamente anticipato), di quei danni che la parte, soggetto passivo, prevede di subire per l'esercizio del recesso. “È pur vero che, a contrastare tale considerazione sembra stia il terzo capoverso dell'art. 1373 Cod. Civ. che stabilisce che, ove sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione è eseguita, sembra che tra la concessione del recesso e la prestazione del corrispettivo vi sia quello stesso collegamento funzionale che nei contratti sinallagmatici si rileva tra una prestazione e l'altra. Non solo: ma l'aver subordinato l'efficacia del recesso all'eseguita prestazione richiama alla mente dello studioso quel mezzo di autotutela che ha ciascuna parte in un contratto a prestazioni corrispettive: quello, cioè, di non eseguire la propria prestazione se l'altra parte è inadempiente”⁴⁹. Queste considerazioni, però, non sembrano in realtà cogliere nel segno. Va rilevato che il sinallagma è tale sin dal momento in cui nasce; esso, cioè, si pone quale elemento essenziale di una particolare categoria di contratti che, mancando quello, non possono

zione del destinatario od al suo fatto volontario). V. BIANCA, *Diritto civile, 3. Il contratto*, Milano 1984, 224. In giurisprudenza v. Cass. 9 settembre 1978 n. 4083, in *Foro it.* 1979, I, 399 ss.; Cass., 30 marzo 1992 n. 3908, in *Nuova giur. civ. comm.* 1993, I, 345 ss., con nota di TRAVERSO, *Dichiarazioni recettizie e presunzione di conoscenza*.

48. Cfr. T. TABELLINI, *op. ult. cit.*, p. 60; CARRARO, *La dichiarazione recettizia*, in *No-vissimo Dig. it.*, 1959, c. 598. La presunzione di cui all'art. 1335 Cod. Civ. è *iuris tantum* che il destinatario può vincere, “dando la prova di essere stato senza sua colpa nella impossibilità di averne notizia”. Questa disposizione ha carattere generale ed è stata applicata ad ogni altra dichiarazione diretta a una persona determinata. Nota il M. FRANZONI, *Degli effetti cit.*, p. 372. “In taluni casi come quello di certe denunce o di certe comunicazioni nelle quali il termine è molto breve, è stato accolto il principio di spedizione. Si è così addossato il rischio della mancata conoscenza in capo al ricevente e non al dichiarante, anche in ragione dell'interesse tutelato. Ciò si verifica anche per il recesso, in particolare nelle ipotesi in cui il termine concesso sia estremamente breve: si pensi all'art. 2437 Cod. Civ. che concede tre giorni ai soci dissenzienti per la comunicazione della raccomandata con la quale si esercita il recesso; lo stesso si è ritenuto per la comunicazione di recesso dell'assicuratore nell'art. 1893 comma 1°, per le dichiarazioni inesatte o le reticenze dell'assicurato; ed anche per la comunicazione del recesso nelle vendite compiute fuori dai locali d'impresa, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 15.1.1992, n. 50; C. DORE *Sulla natura recettizia delle dimissioni del lavoratore, nota a Trib. Cagliari 2 maggio 1997 n. 209*, in *Riv. giur. Sarda* 1999, II, p. 527 ss.

49. W. D'AVANZO, *Recesso*, cit., c. 1031.

venire ad esistenza. La corrispettività, quindi, e le conseguenze che da essa derivano, sono pienamente spiegabili sulla base di quell'elemento essenziale⁵⁰. “Il discorso non può ripetersi per il recesso. Qui v'è una parte, la quale — normalmente avviene così — chiede di aver riservato il diritto di recedere. Questo è accordato, ma previo pagamento di una determinata somma. Ora, siffatta convenzione non può far sorgere un contratto, le cui prestazioni sarebbero, per un lato, il recesso e, per l'altro, la somma pattuita, perché, se un contratto vi fosse, la parte soggetto passivo del recesso, dovrebbe avere, pur essa, un diritto: quello di costringere l'altra ad esercitare il recesso; non diversamente da un contratto sinallagmatico in cui ciascuna parte può costringere l'altra ad adempiere”⁵¹. Decidere se attuare o meno il recesso spetta solo alla parte legittimata, la cui volontà, perciò, non è collegata con quella dell'altra parte. Anche se si riconosce che il recesso convenzionale trae titolo da un consenso, ciò riflette un momento anteriore all'esercizio del recesso; il momento, cioè, della costituzione del rapporto giuridico, poiché è in tale fase che si inserisce il titolo di legittimazione al recesso.

Procedendo poi ad una ulteriore precisazione, può dirsi che il recesso presenta gli elementi caratteristici del diritto potestativo⁵².

50. W. D'AVANZO *op. ult. cit.*, c. 1031.

51. W. D'AVANZO, *op. ult. cit.*, c. 1031.

52. Assolutamente conforme è la giurisprudenza. Si vedano tra le altre Cass. 23 giugno 1999, n. 6408, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 1474; Cass. 14 maggio 1997, n. 4238, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 511; Cass. 20 giugno 1997 n. 5537, in *Mass. giust. civ.* 1997, p. 1022; Cass. 13.12.1995, n. 12759, in *Mass. giur. lav.* 1996, p. 390; Cass. 28 gennaio 1976, n. 267, cit., c. 934 afferma che “l'atto con il quale si esercita il diritto potestativo di recesso di cui all'art. 1373 Cod. Civ., integra un negozio giuridico unilaterale recettizio (...)”. In dottrina V. DI GIAMBATTISTA, *Funzione risolutoria del recesso per inadempimento*, in *Giur. merito* 1995, 3, p. 610 ss.; MESSINA, *Diritti potestativi*, Milano, 1948; PULEO, *I diritti potestativi*, (individuazione della fattispecie), Milano, 1959; CARIOTA – FERRARA, *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 351 ss. Potere in virtù del quale il suo titolare può influire su situazioni giuridiche preesistenti, mutandole, estinguendole o creandone di nuove, mediante un'attività propria unilaterale”. Sono noti i contrasti che tuttora dividono su questo argomento la dottrina, contrasti che in buona parte si riallacciano alle diverse definizioni e concezioni della categoria dei diritti soggettivi. Così, per es., ALLARA, *Nozioni fondamentali* cit., p. 248 ss., nega l'esistenza della categoria dei diritti potestativi, ritenendo che si tratta di fenomeni attinenti soltanto alla dinamica del diritto, ed in specie, a comportamenti umani nei quali ha peculiare rilievo la “relazione tra il protagonista del comportamento e il protagonista della vicenda”. All'opposto, la dottrina qualifica il diritto di recesso come diritto potestativo. Si veda per tutti il Maestro F. SANTORO PASSATELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Milano, 1966, p. 71 ss. il quale evidenzia che “al diritto soggettivo non sempre fa riscontro un obbligo, come un'analisi insufficiente del fenomeno ha spesso fatto ritenere. Se questa supposizione fosse esatta, allora alla stessa proprietà dovrebbe essere negata la qualifica di diritto soggettivo, poiché, (...) l'obbligo generale di astensione è secondario e riflesso, non correlativo al potere del titolare. In realtà il

Su quest'ultimo aspetto, che evidenzia dal punto di vista strutturale, il lato passivo del recesso (cioè chi lo subisce), rispetto a quello attivo (e cioè chi

contenuto del diritto soggettivo può essere costituito, anzitutto, da una supremazia del volere del titolare, grazie alla quale lo stesso può da solo realizzare il suo interesse: a questa supremazia, che può chiamarsi potestà, fa riscontro dall'altro lato del rapporto non un obbligo, ma una mera soggezione, poiché il soggetto è veramente passivo, subisce le conseguenze della potestà. (...) Il potere determinato è allo stato puro nel diritto potestativo, nome che sta ad indicare come il contenuto di questo diritto si esaurisca in una potestà. (...) La figura del diritto potestativo permette di definire e raggruppare molti poteri prima sfuggiti ad una esatta identificazione, fra vari altri, sono diritti potestativi puramente sostanziali, al cui esercizio cioè non occorre una pronuncia giudiziale, il diritto di affrancazione dell'enfiteneuta (art. 971), il diritto di risoluzione privata del contratto per inadempimento (art. 1456), il diritto di recesso nei contratti di durata indeterminata, il diritto di riscatto del venditore (art. 1500). Le critiche contro la categoria, relativamente recenti, dei diritti potestativi sono il frutto di una concezione inadeguata del diritto soggettivo, come deve parere chiaro dopo quello che s'è osservato sull'elemento potestativo ricorrente anche negli altri diritti soggettivi. Dalla rapida scorsa risulta anzi come nel diritto soggettivo il potere sia assai più spesso una potestà, grazie alla quale il titolare realizza da sé il suo interesse, anziché una pretesa che suppone la necessità della cooperazione del soggetto passivo, l'obbligato, per la realizzazione dell'interesse del titolare. La corrente supposizione contraria deve considerarsi come uno sviamento determinato dalla preponderante importanza pratica del momento obbligatorio del rapporto". Cfr. anche T. TABELLINI *Recesso*, cit., p. 20. P. RESCIGNO, *Incapacità naturale ed inadempimento*, Napoli, 1950, p. 113 ss. ha negato la natura negoziale all'atto di recesso, che non tanto manifestazione di libertà, quanto esercizio di un diritto potestativo; e ciò sull'assunto che l'art. 1324 Cod. Civ. consideri esclusivamente i veri e propri negozi giuridici. Nota invece E. GABRIELLI voce *Recesso* in *Enc. Dir.* p. 42 che "la ritenuta incompatibilità non sembra sussistere, giacché un unico atto ben può costituire estrinsecazione al contempo di libertà e di potere. Chi recede da un rapporto esercita un diritto che incide bensì sulla sfera giuridica altrui, ma determina al tempo stesso, una modificazione di quella del dichiarante, rappresentando l'atto, per questo secondo aspetto, una chiara esplicazione di autonomia". Non vi è incompatibilità fra esercizio del diritto e della generica libertà negoziale, onde un unico atto può ben essere espressione di ambedue le diverse situazioni soggettive. Chi si risolve a esercitare il diritto spettategli, di incidere sull'altrui sfera giuridica, ben può esercitare al contempo la libertà di regolare, in modo vincolante i propri interessi: come puntualmente si riscontra, in effetti, nel caso di chi recede da un contratto del quale è parte. Vero è soltanto che l'imprescindibile connessione fra i due profili dell'atto non resta senza influsso sulla disciplina: nel senso che l'autonomia non può esplicarsi, determinandone il contenuto, nella misura ampia segnata dalla norma dell'art. 1322 Cod. Civ.; vale a impedirlo, la necessità di non oltrepassare i confini del diritto, che, nel caso, si consuma al tempo stesso in cui si esercita l'autonomia (...) per ora, occorre solo sottolineare come la mancanza della libertà di conformare a piacimento il contenuto di un atto non impedisca di riconoscere ad esso natura di negozio, sol che si riscontri esistente la libertà di decidere se compierlo o no. Alle medesime conclusioni giunge W. D'AVANZO *op. cit.*, c. 1030 il quale evidenzia che anche qualora si volesse negare per l'indole di diritto potestativo, la figura del negozio giuridico, come strumento idoneo al suo esercizio, "resta sempre da precisare quale possa essere tale mezzo, in quanto, escluso che il recesso degradi a semplice fatto o a mero atto, e non potendosi utilizzare altri mezzi previsti dalla legge, non resta che ricondurre il recesso sotto la figura del negozio giuridico, del quale lo diciamo sin da ora, ha tutti gli elementi

lo esercita) non sembra che possano sorgere dubbi.⁵³ La dottrina tutta concorda infatti nel ritenere che il recesso non determina a carico del soggetto passivo un obbligo specifico ma solamente uno stato di soggezione che, mentre non consente di fare alcunché per rimuovere gli effetti, non richiede tuttavia, perché gli stessi effetti si producano, alcun concorso di volontà o alcun contegno⁵⁴.

Dalla definizione data emerge come con il recesso la parte che lo esercita vada ad incidere sul rapporto contrattuale e non sul contratto. Si è infatti correttamente osservato⁵⁵ che “il recesso è una fattispecie estintiva del rapporto contrattuale. Naturalmente occorre tenere ben distinta la cessazione del rapporto contrattuale dalla cessazione delle singole obbligazioni che compongono il rapporto contrattuale. Infatti, le varie obbligazioni di cui il rapporto contrattuale consta possono, come tali, sopravvivere al recesso e possono estinguersi indipendentemente dal recesso: ad es., per adempimento, per impossibilità sopravvenuta, per remissione e in tutti i modi di estinzione dell’obbligazione”. “La cessazione del rapporto contrattuale per recesso, invece, riguarda il complesso delle varie obbligazioni, nella sua struttura sinallagmatica. Sicché: detta cessazione del rapporto contrattuale per recesso, può in certi casi essere tutt’uno con l’estinzione delle singole obbligazioni (es.: in un rapporto ad esecuzione istantanea differita); e viceversa in altri casi (tipici rapporti di durata) la cessazione del vincolo contrattuale per recesso può significare preclusione all’insorgere di nuove unità delle obbligazioni dedotte in rapporto, per il futuro, e non tangere le unità anteriori al recesso medesimo (che vanno a estinguersi nei loro tipici modi come testé detto)”.

2.3. *La causa del recesso.*

Anche la causa quale elemento essenziale del negozio giuridico deve essere rinvenuta nel recesso.

La dottrina tedesca⁵⁶, come è noto, ha risolto in senso negativo tale que-

53. Il diritto di recesso è stato qualificato peraltro come diritto di recesso rientra fra “i diritti di natura strettamente personale”. Così Cass., 12 luglio 2002, n. 10144, in *Giur. comm.* 2004, I, p. 39 ss. con nota critica di P. MENTI *Il recesso da s.p.a. tra art. 2352 Cod. Civ., surrogazione civile e sostituzione fallimentare.*

54. Si vedano fra gli autori che per primi hanno evidenziato la questione, R. MICCIO, *Il recesso unilaterale dal contratto come diritto potestativo*, in *Riv. dir. comm.*, 192, I, p. 384; DE CUPIS, *Il recesso unilaterale dal contratto*, in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1931, p. 208; CALLEGARI, *Il recesso unilaterale dal contratto cit.*, p. 185.

55. TABELLINI, *Recesso cit.*, p. 3.

56. Come evidenziato da NOVARA, *Il recesso volontario dal rapporto di lavoro*, Milano, 1961.

stione, affermando la natura astratta del negozio di recesso⁵⁷ in quanto negozio dispositivo e non attributivo.

Anche nella nostra dottrina questa opinione ha trovato qualche seguace.

È sicuramente vero che se si limita il concetto di causa al ristretto ambito dei soli negozi attributivi, appare del tutto coerente ammettere (come ha fatto la dottrina tedesca) il carattere della causalità del negozio di recesso. Infatti, il recesso non dà certo luogo ad alcun fenomeno attributivo, in quanto non trasferisce nulla né tanto meno prepara mediante obbligazione alcun trasferimento, ma solo si limita a produrre un effetto negativo e cioè la cessazione di un rapporto giuridico.

Ma ciò che sembra non corretto è proprio il considerare la causa elemento essenziale dei soli negozi di attribuzione.

Infatti, il legislatore del Cod. Civ. ha mostrato con chiarezza di voler riferire l'elemento causa al contratto *ex se* considerato e non già all'obbligazione o all'attribuzione patrimoniale.

Che poi il contratto possa produrre un'attribuzione patrimoniale è questione che, dal punto di vista in esame, poco interessa. Infatti, il contratto è per sua natura un fenomeno che agisce sui rapporti giuridici sicché non si vede per quale ragione debba essere attribuita una rilevanza limitata ad una categoria, seppur estesa, di contratti ad un elemento che ha invece carattere costitutivo per ogni fattispecie negoziale.

Ora se dunque si ammette che la causa è un elemento proprio di tutti i negozi e non soltanto di alcuni di essi, non sembra possibile negare la natura causale del recesso. Secondo la nozione oggettiva (accettiamo questa concezione verso la quale si è ormai orientata la prevalente dottrina ma ci riserviamo di dimostrare tra poco che, anche se si accettasse la nozione soggettiva, non muterebbe apprezzabilmente la soluzione del nostro problema)

57. Infatti la dottrina tedesca riserva il concetto di causa al solo negozio giuridico di attribuzione patrimoniale (*Zewendung*) mentre considera priva di causa la *Verfügung* alla quale, essendo fuori dall'ambito delle attribuzioni patrimoniali, riconosce solo lo scopo di un effetto giuridico immediato in cui si esaurisce tutta la sua funzione. Ora, poiché il recesso è un atto dispositivo, da ciò deduce che in esso viene in considerazione solo lo scopo (*Zweck*) di estinguere il rapporto giuridico e non la causa. Una dottrina minoritaria sostiene che la bipartizione tra negozi causali ed astratti sia possibile solo nell'ambito nei negozi di attribuzione. La dottrina prevalente invece, non è ancora orientata in questo modo. Infatti, la maggior parte degli autori, fondandosi su quella nozione, delineata per la prima volta dallo Scialoja che identifica la causa con la funzione economico sociale del negozio, applica la distinzione tra negozi causali ed astratti a tutti i negozi di diritto patrimoniale. All'opposto, la dottrina minoritaria prima riferita sostiene, come quella tedesca, che la distinzione è possibile e utile solo nell'ambito dei negozi di attribuzione. Per una ricostruzione in tal senso cfr. G. NOVARA, *Il recesso volontario*, cit., p. 115 ss. cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche, apposte in nota.

la causa appare come la funzione o lo scopo economico-sociale del negozio. Ora sembra evidente che, così intesa, la causa non può mancare nel negozio di recesso il quale, alla stessa stregua degli altri negozi (siano essi attributivi o no), adempie ad una specifica e tipica funzione. Anche qui, come altrove, la causa costituisce la ragione del riconoscimento del negozio da parte dell'ordinamento giuridico e consiste nella funzione (che il diritto oggettivo riconosce rilevante ai propri fini) di consentire l'esercizio di un potere (o di una potestà se si tratta di licenziamento anziché di dimissioni volontarie) mediante il quale si estingue un rapporto giuridico.

Il fatto che essa metta in luce la natura prettamente strumentale (che abbiamo del resto già ammesso sopra) del negozio di recesso non basta a renderla priva di rilievo (anche se può effettivamente rendere più limitata di quanto non avvenga nei c.d. negozi autonomi la sua importanza). Né, d'altra parte, sembra di notevole pregio l'obiezione che qui la causa verrebbe meno a quella che è la sua tipica funzione di giustificare il riconoscimento legale del negozio perché, trattandosi dell'esercizio di un potere, questo costituisce già una sfera di autonomia riconosciuta al soggetto in quanto il crisma giuridico è intervenuto, almeno in potenza, quando la legge ha riconosciuto la titolarità del potere. Ad un siffatto modo di ragionare è infatti facile replicare che questa giustificazione preventiva sussiste in ogni negozio tipico (cioè preventivamente riconosciuto e disciplinato dalla legge). L'unica differenza tra i comuni negozi non strumentali e il recesso può consistere semmai in ciò, che mentre nei primi la valutazione della funzione svolta ai fini del riconoscimento è del tutto autonoma, in quest'ultimo avviene invece in modo, per così dire, riflesso in quanto quella *causae cognitio*, che nel negozio autonomo costituisce una riserva per il riconoscimento legale, qui c'è già stata col riconoscimento all'agente del potere di recedere.

La soluzione del problema non muta (o, almeno, non muta sostanzialmente) anche se si volesse adottare la nozione che della causa ci fornisce la c.d. dottrina subiettivistica.

Applicata al caso nostro, questa concezione indica come causa del negozio di recesso lo scopo che si propone il recedente, di esercitare un potere che è a lui attribuito dalla legge e mediante il quale può ottenere l'estinzione di un rapporto giuridico. Come si vede, la questione non muta in quelli che sono i suoi termini essenziali. Cambia solo la prospettiva attraverso la quale essa viene esaminata: qui si vede sotto un aspetto soggettivo (scopo) ciò che, adottando la teoria oggettiva, si vedeva invece sotto un aspetto meramente obiettivo (funzione)⁵⁸.

58. Cfr. Mosco, *op. cit.*, p. 221; MIRABELLI, *op. cit.*, p. 9 ss.

3. Disomogeneità del linguaggio legislativo.

Il termine “recesso” viene impiegato dal legislatore per denominare numerose fattispecie comprese nella disciplina dei rapporti tra privati e regolate non solo dal codice civile, ma anche da leggi speciali. Ciò ha portato la dottrina che si è occupata dell’istituto in esame ad evidenziare come all’unicità della locuzione corrisponda una sicura pluralità di funzioni, le quali anzi sono state analiticamente individuate. Si distingue tra recesso ordinario, attribuito alle parti di un contratto di durata privo di termine finale, e recesso straordinario, il quale consente di alterare, anche radicalmente, il regolamento contrattuale⁵⁹.

Una prima difficoltà, dunque, in cui ci si imbatte affrontando l’esame dell’istituto del recesso unilaterale da contratto è data dalla esatta individuazione delle ipotesi di recesso⁶⁰. Nel nostro ordinamento, infatti, il recesso, specie quello legale, non costituisce una figura omogenea, essendo stato dimostrato che sia gli effetti che le caratteristiche funzionali di quelle figure che la legge denomina indistintamente recesso, sono estremamente varie nelle singole ipotesi⁶¹.

A ciò va aggiunta l’eterogeneità del linguaggio legislativo nel quale si riscontra una grande varietà e difformità di locuzioni e di espressioni diverse, per designare atti tendenti allo scioglimento unilaterale del rapporto che, sebbene denominati in modo diverso, presentano una funzione analoga a quello del recesso propriamente detto⁶².

“Tuttavia, anche se vengono usate altre espressioni quale richiesta, rinuncia, revoca, disdetta, ripresa, non si dubita che si è di fronte al nostro fenomeno, se è sempre la parte che con la sua dichiarazione determina lo scioglimento di rapporti ai quali è obbligata e cioè il venir meno del programma contrattuale che, secondo i casi, non si realizza, cessa anticipatamente o viene ridotto”⁶³.

59. G. GABRIELLI – F. PADOVANI, *Recesso* cit., p. 27.

60. CIMMINO, *op. cit.*, pp. 4 e 5

61. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., p. 452.

62. Ad es., il legislatore, pur parlando di revoca (artt. 1722-1726 Cod. Civ. in tema di mandato; art. 1734 in tema di commissione; art. 1738 in tema di spedizione; art. 1958 in tema di mandato di credito; art. 1411 comma 2° a proposito della revoca da parte dello stipulante della stipulazione a favore del terzo); di rinuncia (artt. 1722-1727 in tema di mandato), sospensione (art. 168 in tema di trasporto), disdetta (art. 1630 comma 3° e artt. 4, 27, e 59 l. 392/1978, art. 3 l. 432 del 1998), ritiro (art. 1771 in tema di deposito) ed ancora di restituzione (artt. 1809 e 1810 in tema di comodato) e persino di annullamento (art. 13 d.lgs. n. 111 del 1995 in tema di contratto di viaggio) e di rifiuto (art. 1411 comma 3° a proposito del rifiuto del terzo di profittare della stipulazione a suo favore), vuole in realtà riferirsi a fattispecie perfettamente coincidenti con il vero e proprio recesso in senso tecnico. Cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo* cit., p. 4 ss.

63. Così S. SANGIORGI, *Recesso* (voce), cit., p. 1.

Con riguardo, in particolare, alla distinzione tra revoca e recesso, va precisato che si parla di recesso quando si fa riferimento all'atto giuridico negoziale col quale una delle parti intende porre fine ad un rapporto giuridico bi o plurilaterale già costituito; laddove, invece, si intendono neutralizzare gli effetti di un atto giuridico unilaterale che non ha ancora condotto alla formazione di un rapporto giuridico intersoggettivo, si utilizza il termine revoca; il recesso salvo patto contrario o apposita disposizione legislativa, ha efficacia *ex nunc*, mentre la revoca travolge *ex tunc* gli effetti dell'atto giuridico su cui interviene⁶⁴. Questa distinzione, esatta e condivisa dalla maggior parte della dottrina⁶⁵, tende ad essere messa in crisi dal legislatore: uno dei casi più dibattuti è quello del recesso del mandante dal contratto di mandato, per il quale il legislatore usa il termine di revoca⁶⁶.

Le ambiguità della figura della revoca del mandato sono note⁶⁷. Anzi, sono queste ambiguità che hanno fatto dubitare della coerenza del legislatore anche sul piano lessicale.

In effetti la revoca rappresenta, di norma, una manifestazione di volontà opposta a quella già espressa, che perde ogni capacità operativa.

Il recesso, invece, è uno strumento per evitare la permanenza di un vincolo che risulta non più aderente agli interessi che la parte intendeva perseguire.

Con estrema semplicità: la revoca eliminerebbe l'atto; il recesso il rap-

64. S. CICOGNA, *Recesso e figure affini* (la confusione dei linguaggi e l'analisi delle differenze), in *Foro pad.*, 1997, II, p. 46.

65. W. D'AVANZO, *Recesso* cit., p. 1027; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale* cit., p. 1; F. G. MANCINI, *Il recesso unilaterale dai rapporti di lavoro*, cit., p. 200; SALV. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici*, cit., ora ristampata Napoli, 1980, e in *Noviss. Dig. it.*, cit., p. 808 ss.; L. FERRI, *Revoca*, in *Enc. dir.*, XL, p. 196 ss.; TALAMANCA, *Osservazioni in tema di revoca*, in *Riv. dir. civ.* 1964, I, p. 150 ss.; CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano, 1969; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 255; ROSSI, *Revoca*, in *Enc. giur. Treccani*.

66. Il termine revoca si è mantenuto nel corso dei secoli in omaggio alla tradizione romanistica, posto che gaio, 3.159, parlava di revoca per indicare l'atto col quale il mandante manifesta la volontà di far venir meno il mandato; il termine rimane anche nella dottrina tedesca ove si parla parimenti di revoca (*Widerruf*); come di revoca parlano il *Code civil* francese, art. 2003 e ss. il Codice spagnolo, artt. 1733-1735 (*Revocàoi*) e quello portoghese, art. 1170 (*Revoabilidade do mandato*) e art. 1171 (*Revogacao tacita*); di revoca o disdetta parla l'art. 404 del codice delle obbligazioni svizzero. Per gli antecedenti storici v. G. F. MANCINI, *Il recesso unilaterale* cit., p. 133; NANNI, *Dell'estinzione del mandato*, in *Commentario Scialoja-Branca, sub art. 1723*, Bologna, 1994, p. 55.

67. G. GABRIELLI, *Vincolo* cit., p. 58 ss.

porto che ne sia scaturito⁶⁸. La dottrina e la giurisprudenza⁶⁹ ritengono che l'uso del termine sia improprio e che in luogo di revoca debba leggersi recesso, trattandosi di un negozio giuridico bilaterale⁷⁰.

Il legislatore ha parimenti usato il termine riscatto in luogo di recesso, laddove menziona la possibilità per il debitore nel contratto di rendita perpe-

68. In tal senso, M. COSTANZA, *La revoca del mandato ed i suoi effetti*, p. 1028 ss. V. anche LUMINOSO *Il Mutuo dissenso* cit., p. 452 il quale precisa che i termini usati nell'art. 1722 Cod. Civ. nn. 2 e 3, è sicuro che si tratti non di revoca in senso tecnico. Ciò in quanto, manca il connotato essenziale alla revoca, costituito dalla rimozione *ex tunc* di un precedente negozio né di rinuncia poiché manca qui l'effetto abdicativi in ordine al singolo diritto, bensì di due ipotesi di recesso unilaterale dal contratto. "Recesso che come di consueto riveste natura unilaterale ed assume i caratteri di una dichiarazione recettizia (artt. 1334 e 1335 Cod. Civ.), la quale nel caso del mandato produce un effetto pressoché costante nelle varie ipotesi, rappresentato appunto dallo scioglimento non retroattivo del contratto. ne discende che la clausola inserita in un contratto di mandato, la quale preveda il pagamento di una somma da parte del contraente revocante, non ha natura di penale ma configura la semplice pattuizione di un corrispettivo per l'esercizio del diritto di recesso".

Si è invero sostenuto da alcuni autori, che di vera e propria revoca si tratti, attagliandosi il termine, in difetto di previsione legislativa contraria, anche ai negozi giuridici bilaterali; anzi, si è ritenuto di distinguere che in caso di mandato a tempo determinato, si tratti di vera e propria revoca, cui corrisponderebbe nella posizione opposta, la rinuncia del mandatario; mentre in caso di mandato a tempo indeterminato, il venir meno del rapporto per decisione unilaterale, sia da parte del mandante che del mandatario, configuri un vero e proprio atto di recesso. La distinzione è proposta da ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 7. Tale distinzione, che tra l'altro non trova fondamento testuale nella legge, non sembra convincente, né nel nostro ordinamento troviamo ipotesi da cui desumere un carattere bilaterale della revoca.

69. Cfr. da ultimo, Cass. 11 agosto 2000, n. 10739, in I *Contratti*, 2001, p. 253 ss. con nota MARIANI, e in *Giust. civ.* 2001, I, 1025 con nota di M. COSTANZA *La revoca del mandato* cit., afferma chiaramente che Secondo la prevalente opinione alla "revoca", di cui al n. 2 dell'art. 1722 Cod. Civ., anche quando alla stessa si accompagni un obbligo risarcitorio nei confronti del mandatario, è da riconoscere, data l'efficacia *ex nunc*, natura di recesso unilaterale (una revoca, in senso proprio, dovrebbe invece avere natura *ex tunc*).

70. G. BAVETTA, *Mandato (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 1975, Milano, p. 367 ritiene inconcepibile parlare di revoca di un qualsiasi contratto, compreso quello di mandato, poiché il contratto in base ai principi generali è di per sé un negozio irrevocabile. "Ed allora, l'analisi ricostruttiva volta a spiegare il complesso fenomeno della revoca del mandato, deve partire da due elementi certamente fondamentali ed obiettivamente indiscutibili: anzitutto dalla constatazione che il termine revoca di cui all'art. 1722 non è usato, né può essere inteso in senso tecnico; poi, dall'osservazione che, secondo la previsione normativa, ciò che si vuole concedere al mandante non è tanto la possibilità di una *resitutio in pristinum*, cioè di una ricostituzione della situazione preesistente alla stipulazione del mandato, quanto di impedire che il mandato produca i suoi tipici effetti ovvero, se l'esecuzione ha già avuto inizio, che li produca ulteriormente. In tal modo, la c.d. facoltà di revoca, attribuita al mandante, opera automaticamente, nel momento in cui la relativa dichiarazione è comunicata al mandatario, ma opera nel senso che non incide sulle modificazioni già prodottesi, non avendo essa efficacia retroattiva ed essendo destinata solo a far cessare il rapporto".

tua di estinguere il debito mediante il versamento di una somma pari aventi annualità (art. 1865 Cod. Civ.).

Col termine riscatto si designa invece il diritto del soggetto beneficiario di una prelazione legale di acquistare il bene che ne è oggetto anche dal terzo che gli sia stato preferito, al medesimo prezzo per il quale è stato acquistato; si designa altresì un particolare tipo di vendita connaturata dal patto secondo cui il venditore entro un tempo determinato potrà riacquistare il bene venduto dal compratore, al medesimo prezzo della prima vendita.

Nel patto di riscatto apposto alla vendita, invero, parte della dottrina ritiene ravvisabile una sorta di recesso con efficacia retroattiva da parte del venditore, il che conduce all'identificazione delle figure giuridiche in questione⁷¹.

L'identificazione va però esclusa sulla base del fatto che di riscatto si può parlare solamente in favore del venditore, mentre il patto di recesso può riferirsi ad entrambi i contraenti, nonché per la generale operatività del recesso *ex nunc*.

La tesi accolta dalla giurisprudenza⁷² in tema di patto di riscatto, esclude che si possa trattare di recesso, ma, più propriamente di condizione (apposta alla vendita) risolutiva potestativa (semplice⁷³ o meramente potestativa legittima⁷⁴, apposta alla vendita). Mal si configurerebbe poi un'ipotesi di recesso ad

71. C. M. Bianca, *op. cit.*

72. Cass. 6 ottobre 1949 n. 2451, in *Rep. Foro it.*, 1949, voce *Vendita*, n. 195; Cass. 18 dicembre 1952 n. 3232, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Vendita*, n. 251; Cass. 9 luglio 1953 n. 2202, in *Foro it.*, 1953, I, 27; Cass. 13 marzo 1954 n. 721, in *Giust. civ.*, 1954, I 636; Cass. 15 febbraio 1958 n. 499, in *Mass. Giur. it.*, 1958, 105; Cass. 9 agosto 1960 n. 2245, in *Rep. Giust. civ.*, 1960, voce *Vendita*, n. 94; Cass. 14 maggio 1962 n. 1004, in *Foro it.*, 1963, I, 365; Cass. 23 ottobre 1965 n. 2219, in *Mass. Foro it.*, 1965, 650; Cass. 18 settembre 1974 n. 2498, in *Rer. Giur. it.*, 1974, voce *Patto commissario*, n. 2; Cass. 16 maggio 1975 n. 1895, in *Giur. it.*, 1976, I, 1 1589; Cass. 24 maggio 1979 n. 2999, in *Foro it.*, 1979, I, 2629; Cass. 3 novembre 1979 n. 5705, in *Rep. Foro it.*, 1979, voce *Vendita*, n. 72; Cass. 3 luglio 1980 n. 4254, in *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Vendita*, n. 94; Cass. 6 dicembre 1983 n. 7271, in *Foro it.*, 1984, I, 426; Cass. 6 dicembre 1986 r. 7260, in *Riv. it. leasing*, 1987, 711. Parla invece di diritto potestativo, rinnegando la precedente giurisprudenza, Cass. 12 dicembre 1986 n. 7385, in *Foro it.*, 1987, I, 804, la quale nega anche, per la prima volta, l'efficacia retroattiva dell'esercizio del riscatto. Nel caso, poi, in cui le parti inseriscano nel contratto di vendita una clausola che accordi ad esse (a tutte le parti) il potere e far venire meno gli effetti del contratto, non si è di fronte ad una vendita con patto di riscatto, ma secondo Cass. 25 gennaio 1992, in *Riv. not.*, 1993, 489, ad una vendita condizionata risolutivamente ovvero ad una vendita con patto di recesso *ex art.* 1373.

73. DE MARTINI, *Profili Della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950 315 ss.; GRECO e COTTINO, *Della vendita, nel Comm. del Cod. Civ.*, a cura di Scialoja e Branca Bologna-Roma, 1981, 334; SATTA, *Stipulazione e sottoscrizione del patto di riscatto nella vendita immobiliare*, in *Giur. it.*, 1951, I, c. 370; GIACOBBE, *Osservazioni sulla vendita con patto di riscatto in Giust. civ.*, 1958, I, 1056; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1960, 534 ss.

74. Le opinioni sulla natura del patto di riscatto sono svariate: la dottrina principale e la

un contratto di vendita già eseguito da entrambi i contraenti: l'ipotesi sembra quindi maggiormente compatibile con quella della condizione risolutiva.

4. Il recesso legale per giusta causa e la caparra confirmatoria. Premessa.

Occorre analizzare che rapporto vi sia tra il recesso per giusta causa derivante da inadempimento ex art. 1385 comma 2° Cod. Civ. e l'azione di risoluzione del contratto⁷⁵ per inadempimento prevista in base al combinato disposto degli artt. 1385 comma 3° e 1456 Cod. Civ. In materia di caparra confirmatoria gli aspetti più interessanti e controversi riguardano gli effetti che derivano dall'inadempimento del contratto principale.

4.1. La caparra confirmatoria.

Il patto di caparra ha carattere accessorio in quanto presuppone un contratto principale che esso è diretto a rafforzare e di cui segue le vicende. Le

giurisprudenza lo considera una condizione risolutiva potestativa, GRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1981, sub. art. 150, pagg. 277 e ss.; DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 315 ss.; Ritenono invece ravvisabile una ipotesi di revoca o di recesso retroattivo, BIANCA, *op. ult. cit.*; RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1971, p. 1024 ss.; PULEO, *I diritti potestativi (Individuazione della fattispecie)*, Milano, 1959, p. 171 e ss. Altre teorie si rifanno all'opzione di ricompera, G. GABRIELLI, *Vincolo cit.*, p. 94 e ss. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Milano, 1937, p. 305 ss.; CARPINO, *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, vol. II, Torino, 1984, p. 259 ss.; LUMINOSO, in *Commentario al Cod. Civ. diretto* da Schlesinger, Milano, 1987, sub. art. 1500, ritiene che si tratterebbe di un atto negoziale di riappropriazione del diritto venduto da parte del venditore. Nel senso della condizione risolutiva potestativa, RESCIGNO, voce *Condizione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 784; STANZIONE, *Condizioni meramente potestative e situazioni creditorie*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, 766; App. Lecce 30 marzo 1954, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Vendita*, n. 222; PELOSI, *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1974, p. 351 ss. che parla più esattamente di "proprietà risolubile" in capo all'acquirente; per l'a. si tratterebbe di una condizione risolutiva meramente potestativa "unilaterale", con la conseguenza che la dichiarazione di riscatto, pur rilevando come mera fatto giuridico..., "svolge peraltro un ruolo negoziale per quanto attiene al ritrasferimento della prestazione ricevuta dal venditore". Sulla condizione unilaterale da ultima, COSTANZA, *La condizione unilaterale: una fattispecie variegata*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, II, 1, Milano, 1991, 247 ss.

75. In argomento, v. In tema di caparra confirmatoria, si vedano, tra i tanti W. D'AVANZO, voce *Caparra*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 893 ss.; V. M. TRIMARCHI, voce *Caparra. c) Diritto civile*, in *Enc. dir. civ.*, VI, Milano, 1960, p. 191 ss.; A. MARINI, voce *Caparra. I) Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; A. FRANGINI, *Recesso, risoluzione del contratto e danni nella caparra confirmatoria*, nota a App. Reggio Calabria, 12 aprile 1991, in *Giur. merito*, 1992, p. 818 ss.; G. DE NOVA, *Le clausole penali e la caparra confirmatoria*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, X, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1995, p. 421 ss.; ZOPPINI, *La clausola penale e la caparra*, in *Tratt. Contr. Diretto da Rescigno*, II, Torino, 1999. DI GIAMBATTISTA, *Funzione risolutoria cit.*, p. 610 ss.

parti che si avvalgono di questo strumento dispongono, in caso di inadempimento di una di esse, dei rimedi posti dal 2° e dal 3° comma dell'art. 1385 Cod. Civ.

Nel primo caso la norma stabilisce che «se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra».

La caparra confirmatoria è disciplinata dall'art. 1385 Cod. Civ. il quale statuisce che “se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di cose fungibili, la caparra a) in caso di adempimento, deve essere restituito o imputata alla prestazione dovuta; b) se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; c) se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra. Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali”.

La caparra prevista dall'art. 1385 Cod. Civ. ha una triplice funzione, messa in rilievo dalla dottrina prevalente: confirmatoria; di acconto e di indennizzo⁷⁶.

La prima funzione (confirmatoria)⁷⁷, indicata anche dal titolo dell'articolo citato, consiste nel dimostrare l'esistenza di un contratto, in mancanza di altre prove.

76. W. D'AVANZO, voce *Caparra*, cit. p. 893 ss.; A. MARINI, voce *Caparra*, cit., p. 1 ss.; G. DE NOVA, *Le clausole penali* cit., p. 423; Cfr., BIANCA, *Diritto civile*, V. *La responsabilità*, Milano 1994, 360 ss.; SACCO-DE NOVA, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, 10, t. 2, Torino 1982, 308.

77. Cass. 17 dicembre 1994 n. 10874, *Giur. imposte* 1995, n. 3, 434 “ a) che la caparra confirmatoria opera come sanzione contrattuale a carico della parte inadempiente e costituisce nel contempo una forma di risarcimento a favore della parte adempiente, che preferisca avvalersi della facoltà, accordata dall'art. 1385 Cod. Civ., di recedere dal contratto, con le conseguenze previste da detta norma, invece di esercitare l'azione generale di inadempimento di cui all'art. 1453 Cod. Civ.; b) che, ove sussista dubbio sull'effettiva intenzione delle parti, le somme versate anteriormente alla formale stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive (ed in particolare di un contratto di compravendita) debbono ritenersi corrisposte a titolo di anticipo o acconto sulla prestazione dovuta in base all'obbligazione principale, non già a titolo di caparra, non potendosi ritenere che le parti si siano tacitamente assoggettate ad una «pena civile», ravvisabile nella funzione della caparra confirmatoria; c) che spetta al giudice del merito accertare se, in relazione ad una compravendita, il versamento di una somma sia stato effettuato in funzione di caparra o a titolo di anticipo sul prezzo; e che il relativo giudizio è incensurabile in sede di legittimità se sostenuto da motivazione sufficiente ed immune da vizi logici o giuridici”. Nello stesso senso Comm. trib. centr. 21 marzo 1989 n. 2276 *Dir. prat. trib.* 1989, II, 2, 1502.

La seconda funzione (acconto), che risale al diritto romano, attiene all'adempimento dell'obbligazione, in quanto consiste in un anticipo della prestazione dovuta.

La terza ed ultima funzione (indennizzo)⁷⁸ è comune alla clausola penale: rafforzare il diritto del creditore al risarcimento e determinare preventivamente l'ammontare dei danni conseguenti all'inadempimento dell'obbligazione principale. Se non è stato diversamente convenuto, le tre funzioni si cumulano; ma le parti possono espressamente attribuire alla caparra una sola di esse, ad esempio attribuendo solo carattere confirmatorio.

Anche per la caparra, come per la clausola penale, sorge il problema se si tratti di un patto accessorio⁷⁹ al contratto principale ovvero di un negozio autonomo⁸⁰.

Appare preferibile la prima opzione interpretativa, poiché la caparra presuppone un contratto principale che esso è diretto a rafforzare e di cui segue le vicende⁸¹.

78. CAVANNA, *Cumulatività degli effetti di risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria*, in *Giur. merito* 1995, 6, p. 949 ss.

79. ROSSETTI, *Inadempimento: risoluzione e recesso*, in *D&G*, 2004, 43, p. 30; TRIMARCHI, voce «Caparra», citp. 196; DE NOVA, *Le clausole penali* cit., p. 422; BIANCA, *Diritto Civile*, Milano 1999, 5, *La responsabilità*, p. 368.

80. La caparra confirmatoria non deve poi essere confusa con la cauzione di cui il codice civile fa più volte menzione (artt. 381, 515, 647, 1002, 2387, 2535) senza tuttavia darne la specifica disciplina. Quest'ultima può essere anche volontaria, ossia non imposta dalla legge, ed ha per oggetto denaro. La sua funzione è di garantire un credito, attuale o futuro, come quello risarcitorio per un eventuale inadempimento. Se sorge il credito, il creditore lo compensa in tutto o in parte con il debito di restituzione verso colui che ha versato la cauzione. Per alcuni oggetto della cauzione può essere anche un bene mobile, fungibile o infungibile, ma in questo caso si è piuttosto nell'ipotesi del pegno. L'inadempimento che giustifica il recesso dell'adempiente, e la conseguente ritenzione della caparra, o consegna del doppio, è quello di non scarsa importanza, che permette la risoluzione del contratto a prestazioni corrispettive ex art. 1455 Cod. Civ.; solo una minoranza della dottrina ritiene che le parti possano convenire di dar rilievo all'inadempimento lieve e addirittura non imputabile. Nel caso di inadempimento ritardato, se il ritardo è di gravità tale da dar luogo al rifiuto della prestazione e quindi alla risoluzione del contratto ex art. 1453 Cod. Civ., non si dubita che la pattuizione di caparra possa esplicare i propri effetti; per contro, nel caso di ritardo non giustificante la risoluzione, è fortemente dubbio che per la caparra possano valere analogicamente le norme sulla clausola penale. In ogni caso non sussiste il potere giudiziale di riduzione. Ai diritti di ritenzione e di ottenere il doppio corrispondono obbligazioni di valuta, soggette al principio nominalistico di cui all'art. 1277 Cod. Civ.

81. Si riteneva in passato che la caparra potesse accedere soltanto ad un contratto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite (BAVETTA, *La caparra*, Milano, 1963, 17) e si escludeva, quindi, che potesse accedere ad una vendita definitiva ad effetti reali (vedi ad es. Cass., 25 marzo 1972, in *Rep. Foro It.*, 1972, voce «Contratto in genere», n. 278). Oggi si ritiene, invece, che sebbene l'istituto risulti particolarmente adatto alla stipula di un contratto preliminare, nulla impedisce che lo stesso venga inserito nell'ambito di un contratto definitivo (dove servirà a

Le parti che si avvalgono di questo strumento dispongono, in caso di inadempimento di una di esse, dei rimedi posti dal 2° e dal 3° comma dell'art. 1385 Cod Civ.⁸²

L'articolo 1385 Cod. Civ. non dà una definizione di inadempimento, né fissa in alcun modo le caratteristiche che tale inadempimento deve avere per legittimare il recesso della parte, ai sensi dell'articolo 1385 2° comma Cod. Civ.

Il silenzio della norma è stato interpretato dalla giurisprudenza nel senso che la nozione di inadempimento è unica, e unico è il requisito che l'inadempimento deve possedere (essere di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte) sia per far luogo alla domanda di risoluzione *ex art.* 1453 Cod. Civ., sia per far luogo al recesso unilaterale *ex art.* 1385 2° Cod. Civ.⁸³.

L'identità di presupposto (inadempimento colpevole⁸⁴) per l'applicazione dei due istituti (caparra e risoluzione) ha indotto il giudice di legittimità a parificare il recesso *ex art.* 1385 Cod. Civ. alla risoluzione per inadempimento, ritenendo il primo una *species* della seconda, la quale costituirebbe un *genus* più ampio⁸⁵.

La norma parla al 2° comma, di facoltà di recesso legale a favore della parte non inadempiente. Sia la dottrina che la giurisprudenza unanimi, ritengono che il recesso di cui parla l'art. 1385, 2° comma, Cod. Civ. integri in realtà (e al di là dell'espressione letterale usata dal codice) una particolare modalità per risolvere il contratto. Si tratterebbe, cioè, di una forma di risoluzione stragiudiziale per inadempimento, attivabile senza dover proporre azione giudiziale o intimare la diffida⁸⁶.

garantire l'adempimento di obbligazioni accessorie quali ad es. la consegna della cosa o la partecipazione alla redazione dell'atto pubblico). In dottrina d'accordo sul punto: D'AVANZO, voce *Caparra*, cit., p. 895; BIANCA, *op. cit.*, 368; DE NOVA, *op. cit.*, 422. In giurisprudenza: Cass., 2 settembre 1978, n. 4023, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 312, con nota critica di COSTANZA e in *Giur. It.*, 1979, I, 1, 1123; Id., 20 dicembre 1988, n. 6959, in *Rep. Foro It.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 315; Id., 95/6050.

82. Cavicchi, *Recesso e risoluzione*, in *Giur. it.*, 2001, c. 2050.

83. Cass. 398/89, 6549/86, in *Giur. comm.* 1988, II, 69; 4451/85, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Contratto in genere*, c. 201.

84. DI GIAMBATTISTA, *Funzione risolutoria* cit., p. 611 ss. e la giurisprudenza richiamata alla nota n° 6.

85. Dà conto di tale orientamento, ROSETTI, *Recesso e risoluzione* cit., p. 30 ss.

86. Il recesso previsto dall'articolo 1385 2° comma configura uno "strumento speciale" di risoluzione del contratto, di guisa che "non è inesatto affermare che in concreto il contratto si è risolto anche quando si è fatto uso della facoltà di recesso" Così Cass. 11267/93, in *Foro it. Rep.*, 1993, *Contratto in genere*, c. 364. "I due istituti differiscono dunque soltanto perché la

Orbene, in caso di inadempimento della controparte, salva l'ipotesi di esecuzione coattiva o di risoluzione giudiziale *ex artt.* 1385 comma 3° e 1456 Cod. Civ., come visto, il contraente non inadempiente può ottenere lo scioglimento del rapporto contrattuale per effetto del suo recesso. La risoluzione del contratto sarà l'effetto di questa dichiarazione di recesso da parte del contraente a cui favore ha operato la caparra, per cui se fosse necessario l'intervento del giudice, questi si limiterebbe ad accertare (con una sentenza dichiarativa) che la risoluzione è già intervenuta. "La regola dettata dal 2° comma dell'art. 1385 Cod. Civ. non deroga quindi alla disciplina generale della risoluzione per inadempimento ma si coordina con le norme di cui agli artt. 1453 Cod. Civ. ss.

Da ciò deriva che il c.d. recesso previsto dalla norma avrà efficacia retroattiva tra le parti (art. 1458 Cod. Civ.) e si giustificherà solo in caso di inadempimento imputabile e di non scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altro contraente (art. 1455 Cod. Civ.). Dal punto di vista degli effetti, in virtù del recesso legale per giusta causa in questione, il contraente che se ne avvale ha il diritto di trattenere la caparra (*l'accipiens*) o esigere il doppio di questa (*il tradens*)⁸⁷.

Come si vede l'art. 1385 Cod. Civ. nel 2° e 3° comma costituisce la sintesi dei mezzi di tutela di cui una parte gode in caso di inadempimento di non scarsa importanza imputabile all'altra parte contraente: il recesso per giusta causa derivante da inadempimento o la risoluzione del contratto *ex artt.* 1385 e 1456 cod. civ.⁸⁸.

risoluzione *ex articolo* 1453 Cod. Civ. è giudiziale, mentre il recesso *ex articolo* 1385 Cod. Civ. ha natura volontaria" in dottrina v. ROSETTI, *Recesso e risoluzione* cit., p. 30 ss.; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, cit. p. 172; LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario al codice civile* Scialoja-Brancati cit., sub art. 1453 Cod. Civ., pp. 351, 352; BIANCA, *Diritto Civile* 5, Milano, 1999, *La responsabilità*, p. 362; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 343 ss. In giurisprudenza, sul punto molto chiaramente: Cass., 14 marzo 1988, n. 2435, in *Rep. Foro It.*, 1988, voce *Contratto in genere*, n. 319; ID., 13 novembre 1982, n. 6047, in *Rep. Foro It.*, 1982, voce *Contratto in genere*, n. 210.

87. Esattamente così, CAVICCHI, *Recesso e risoluzione* cit., p. 2052 ss. L'a. evidenzia inoltre che "la parte che risolve il contratto ai sensi del 2° comma dell'art. 1385 c. c. limita la sua pretesa all'importo della caparra (o al suo doppio) e, soprattutto, non ha bisogno di dimostrare di aver subito un danno effettivo. È dunque il solo fatto dell'inadempimento che fa sorgere in capo al contraente che lo ha subito il diritto di risolvere il contratto e di ottenere la caparra. D'altro canto la parte inadempiente non può provare che il danno effettivo è inferiore all'importo della caparra". In tal senso la caparra confirmatoria, come sottolineato più sopra, assolve all'evidente funzione di preventiva liquidazione del danno subito da una parte a causa dell'inadempimento dell'altra e, sotto questo aspetto, può ravvisarsi un accostamento. Cass. 28 marzo 1988, n. 2613, in *Arch. civ.*, 1988, 945; Trib. Catania 31 maggio 1985, in *Dir. fall.*, 1985, II, 868

88. ROSETTI, *Inadempimento: Risoluzione e recesso*, cit., p. 30 ss. "Di fronte all'inadempimento dell'altra parte, il soggetto non inadempiente ha la scelta tra recedere dal contratto e

Occorre, a questo punto porre in relazione fra loro i rimedi risarcitori previsti e specificare quali siano le possibilità di scelte concrete della parte non inadempiente.

4.2. La differenza funzionale tra risoluzione e recesso nella caparra confirmatoria.

La «scelta» del creditore è fra due diversi assetti di interessi e non può avvalersi di entrambi i rimedi cumulativamente. Il recesso legale con diritto alla caparra sostituisce il risarcimento secondo i criteri ordinari e la facoltà di provocare la risoluzione secondo la disciplina comune⁸⁹. Il creditore dovrà allora valutare la situazione ed effettuare la scelta in base a ciò che nel caso specifico può recargli maggior vantaggio: la soluzione offerta dal recesso legale offre il vantaggio di evitare l'accertamento giudiziale (lungo e aleatorio) in ordine al danno subito: il creditore può ottenere la somma convenzionalmente stabilita (caparra o il doppio della caparra) senza dover provare di aver subito un danno; la soluzione offerta dal 3° comma dell'art. 1385 Cod. Civ., consente al creditore di realizzare il suo interesse ad ottenere l'esecuzione del contratto ovvero la risoluzione giudiziale con il diritto, in entrambi i casi, al risarcimento integrale del danno, il quale, però, dovrà essere provato secondo le regole generali⁹⁰.

Da quanto detto risulta che, a disposizione dell'interessato vi sono due differenti discipline di risoluzione: una risoluzione stragiudiziale che consente una composizione spedita senza oneri probatori in ordine al danno subito; (in alternativa ad) una risoluzione giudiziale che consente la liquidazione del danno nella sua effettività.

In caso in cui la parte scelga la via della risoluzione giudiziaria, ben potrebbe verificarsi il caso in cui il giudice liquidi il danno subito in misura

trattenere la caparra (o pretendere la restituzione del doppio di quella già data), oppure chiedere la risoluzione del contratto. In assenza di una norma espressa che disciplini il rapporto di pregiudizialità tra queste due domande, molto si è discusso in giurisprudenza circa la possibilità per la parte non inadempiente di esercitare lo *ius poenitendi*: se sia possibile, cioè, dopo avere chiesto la risoluzione del contratto ex articolo 1453 Cc, optare per l'esercizio del recesso ex art. 1385 comma II Cod. Civ.”.

89. Si veda per tutti: BAVETTA, *op. cit.*, p. 162 e TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 200.

90. In quest'ottica desta non poche perplessità una sentenza della Corte d'appello di Reggio Calabria (12 aprile 1991, in *Giur. di Merito*, 1992, II, 813, con nota critica di FRANGINI, *Recesso e risoluzione del contratto e danni nella caparra confirmatoria*, secondo cui la richiesta di “maggiori danni” non contrasterebbe, *ex se*, con la scelta in favore del recesso e quindi col meccanismo di cui al 2° comma dell'art. 1385 c. c. Sarebbe, dunque, ammesso il cumulo della caparra e del risarcimento integrale dei danni a condizione che sia consentito al giudice accertare che «le parti non vollero ricomprendere tali ulteriori danni nella previsione contrattuale”.

inferiore o in misura analoga a quella fissata in caparra, e ciò in quanto il creditore potrebbe non riuscire a dimostrare di aver subito un danno superiore all'ammontare della caparra, risultando per lui, a posteriori, poco conveniente la scelta effettuata.

Proprio ove ricorra una simile evenienza, ci si chiede se la parte che abbia agito per il risarcimento del danno possa, successivamente, cambiare idea. Possa, cioè, agire per ottenere ciò che in un primo tempo non aveva ritenuto opportuno chiedere: il recesso dal contratto e la caparra.

La risposta a tale interrogativo deve essere condotta sia con specifico riguardo al caso in cui la parte non inadempiente abbia versato una somma a titolo di caparra confirmatoria, sia nel caso in cui, fuori dall'ipotesi di caparra confirmatoria, agisca comunque in via stragiudiziale attraverso lo strumento del recesso.

Con riguardo alla seconda questione ora posta, occorre altrimenti detto verificare se i mezzi stragiudiziali di risoluzione del contratto (recesso) e giudiziali (risoluzione del contratto per inadempimento), siano tra loro cumulativi o alternativi.

Secondo la giurisprudenza, correttamente, vi è una concettuale impossibilità di coesistenza tra il recesso (convenzionale o legale) configurabile come il diritto potestativo di risolvere, eccezionalmente, dall'interno, *ex uno latere*, il contratto - e la risoluzione per l'inadempimento *ex art. 1453 Cod. Civ.* da ciò discende che, chiesta giudizialmente quest'ultima risoluzione, non è più possibile l'esercizio del recesso unilaterale e, reciprocamente, che l'esercizio del recesso, determinando già per tale via lo scioglimento del rapporto, preclude al recedente la proposizione della domanda di risoluzione.

L'esame dei lineamenti generali della risoluzione e recesso ha condotto ad escludere che i due strumenti diano luogo a vicende estintive del contratto di natura diversa, e conseguentemente ad escludere che possano operare congiuntamente, quando ambedue siano ammessi dalla disciplina di uno specifico contratto.

Dunque, ammessa la compatibilità sostanziale tra i due istituti, non se ne può però inferire anche una compatibilità cronologico-processuale.

Infatti, qualora si sia verificato l'inadempimento da parte di uno dei contraenti e l'altro si sia avvalso del potere *ex art. 1453 Cod. Civ.* di chiedere in via giudiziale la risoluzione del contratto, la situazione giuridica che ne discende è del tutto incompatibile con l'esercizio della facoltà di recesso. "Ed invero, dopoché è stata proposta la domanda di risoluzione non solo l'inadempiente non può più eseguire la sua obbligazione, ma neppure l'altra può più chiedere la manutenzione del contratto (art. 1453 Cod. Civ.), mentre gli

effetti della risoluzione, che il giudice in seguito pronunci, retroagiscono al momento della domanda giudiziale (art. 1458 Cod. Civ.), sì che è da questo momento che il contratto deve considerarsi risolto, con la inevitabile conseguenza dell'assoluta impossibilità di riconoscere efficacia ad una dichiarazione unilaterale di recesso notificata in pendenza del giudizio, e cioè in un tempo in cui, per l'effetto retroattivo della pronuncia di risoluzione, il contratto già più non esistente ed è venuto meno qualsiasi vincolo da esso derivante, salvo l'obbligo della parte inadempiente di risarcire i danni che l'altra abbia risentito". Ovviamente ciò sarà vero anche nel caso opposto in cui la domanda di soluzione sia successiva all'esercizio del diritto di recesso.⁹¹

La tesi dell'alternatività e non sostituibilità tra i due rimedi era già stata risolutamente stabilita dalla Cassazione con la sentenza, a Sezioni Unite, n. 553 del 14.1.2009: «in caso di caparra confirmatoria, che ha la funzione di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, i rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall'altro si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale sicché', proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione della caparra»⁹². La scelta preventiva di avvalersi della facoltà di recedere con diritto alla caparra preclude, dunque, la successiva proponibilità dell'azione di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno, in applicazione del noto principio secondo il quale *electa una via non datur recursus ad alteram*. Inoltre, la parte non inadempiente che opti per l'utilizzo del rimedio dell'art. 1385 Cod. Civ. 2° comma, evidentemente preferisce una liquidazione stragiudiziale del pregiudizio subito – che, addirittura, potrebbe ontologicamente non esistere, e quindi come tale funzionalmente inconciliabile con una pretesa risarcitoria secondo i criteri ordinari, richiedendo questi che sia data prova della ricorrenza e dell'ammontare del danno. Quando, invece, preferisce agire in risoluzione chiedendo anche la riparazione integrale dei danni, ella «rinuncia al certo per l'incerto»⁹³, scegliendo di affrontare l'aleatorietà, i tempi e i costi di un giudizio, nella speranza di vedersi risarcito un importo più cospicuo rispetto a quello della caparra, sopportando, correlati-

91. Per una completa disamina della questione, v. ROSSETTI, *Inadempimento: risoluzione e recesso*, in D&G, 2004, 43, p. 30.

92. Cass., S.U., 14.1.2009, n. 553, in Riv. dir. civile, 3, 2009, 327, con nota di GUASTALLA, *Caparra confirmatoria, recesso e risoluzione del contratto*.

93. TIMPANO, *Caparra confirmatoria e tutela del contraente non inadempiente*, in Contratti, 2002, p. 879.

vamente, il rischio di ricevere una somma minore rispetto a quella o, addirittura, nulla. “I rapporti tra azione di risoluzione e di risarcimento integrale da una parte, e azione di recesso e di ritenzione della caparra dall’altro, si pongono in termini di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione di caparra perché verrebbe così a vanificarsi la stessa funzione della caparra, quella cioè di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l’instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di ‘scommettere’ puramente e semplicemente sul processo, senza rischi di sorta; l’azione di risoluzione avente natura costitutiva e l’azione di recesso si caratterizzano per evidenti disomogeneità morfologiche e funzionali che rendono inammissibile la trasformazione dell’una nell’altra; i rapporti tra l’azione di risarcimento integrale e l’azione di recesso, isolatamente e astrattamente considerate, sono, a loro volta, di incompatibilità strutturale e funzionale”⁹⁴.

4.3. (segue) ... e la caparra penitenziale.

Accertata codesta incompatibilità cronologica-processuale di ordine generale, occorre verificarne la validità anche nel caso in cui la parte non inadempiente abbia versato una somma a titolo di caparra penitenziale⁹⁵.

La risposta a tale interrogativo ha come indefettibile punto di riferimento la ratio della caparra ex art. 1385 Cod. Civ. Si afferma, infatti, che i rimedi risarcitori dell’art. 1385 Cod. Civ., sono rivolti a tutelare in particolare gli interessi della parte non inadempiente, e questa tutela si realizza al meglio solo se la scelta del creditore risulta la più ampia possibile. Da qui parte della giurisprudenza⁹⁶ e la dottrina dominante⁹⁷ ritengono che, anche se la parte adempiente abbia agito per ottenere l’esecuzione o la risoluzione giudiziale, fino a quando non si abbia sentenza passata in giudicato, sarebbe sempre pos-

94. Cass. 30 novembre 2015, n. 24337, in *Il Caso.it*

95. Per una completa disamina della questione, v. Rossetti, *op. cit.*, p. 30 ss.

96. Sul punto si sono espresse diverse recenti sentenze: Cass., 6 settembre 2000, n. 11760, in *Mass. Giur. It.*, 2000, voce «Appello Civile», 1077; Id., 11 gennaio 1999, n. 186, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999; Id., 15 febbraio 1996, n. 1160, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 64; Id., 3 settembre 1994, n. 7644, in *Mass. Giust. Civ.*, 1994, 1126; Id., 6 marzo 1989, n. 1213, in *Rep. Giur. It.*, 1989, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 294; Id., 5 marzo 1986, n. 1391, *ivi*, 1986, voce *Appello Civile*, n. 60 ma anche in *Giust. Civ.*, 1986, I, 2184.

97. TRIMARCHI, *op. cit.*, 200; DE NOVA, *op. cit.*, 423; BIANCA, *op. cit.*, 367; D’AVANZO, *op. cit.*, 896.

sibile effettuare il recesso, con l'esercizio dei diritti e dei poteri connessi (trattenere la caparra o richiederne il doppio). Il soggetto non inadempiente allora potrebbe esercitare il recesso *ex art.* 1385 comma 2° in caso di inadempimento della controparte, trattenendo, a titolo di risarcimento del danno la caparra (o richiedendo il doppio) anche nell'ipotesi in cui abbia già proposto la domanda giudiziale di esecuzione o risoluzione del contratto. Si è specificato che, le relative domande possono essere proposte in posizione alternativa o subordinata o, più radicalmente, modificate anche in sede giudiziale. La questione è stata affrontata da una recente sentenza⁹⁸ la quale molto chiaramente ha stabilito che la parte che abbia agito per l'esecuzione o la risoluzione del contratto e per la condanna al risarcimento del danno, può «in sostituzione di dette pretese chiedere, anche in appello, il recesso dal contratto a norma dell'art. 1385, 2° comma, Cod. Civ., non costituendo tale richiesta una domanda nuova, bensì configurando, rispetto alla domanda di adempimento, l'esercizio di una perdurante facoltà e solo un'istanza ridotta con riguardo alla proposta risoluzione»⁹⁹.

Marco Riario Sforza

98. Cass., 6 settembre 2000, n. 11760, cit.

99. BAVETTA, *op. cit.*, 165 ss. che evidenzia infatti, che la parte non inadempiente che ha optato per la risoluzione giudiziale, avrebbe per ciò stesso *rinunciato volontariamente* alla caparra.

Profili recenti della disciplina della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare

Termini del problema

1. La proprietà immobiliare, l'*optimus maximus* nel catalogo chiuso dei diritti reali, pilastro, con il contratto, delle codificazioni ottocentesche, avvolta dalla sacralità delle proclamazioni dello statuto albertino, che la definiva - con altisonanti aggettivazioni - sacra e inviolabile, ha sempre suscitato l'idea dell'opulenza; quantomeno, in un angolo visuale riduttivo, di una componente patrimoniale attiva, il cui valore di scambio è dipendente da infinite variabili qualitative e dimensionali della cosa che ne forma oggetto.

Tale binomio (proprietà immobiliare - ricchezza), ben saldo nell'economia a prevalente trazione agraria dell'immediato secondo dopoguerra, registra nella percezione collettiva una incrinatura le cui cause multifattoriali non hanno certo attinenza con la mutata prospettiva assiologica costituzionale, che volge a limitare e indirizzare le energie del diritto di proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale (art. 42 Cost.), ma a dati economici sostanziali tra i quali vale menzionare, non in ordine diacronico o di importanza, l'aumento esponenziale della pressione fiscale sui cespiti; l'inesorabile deterioramento di vaste plaghe del territorio nazionale, martoriato da eventi sismici devastanti e compromesse strutturalmente dal dissesto idrogeologico; la conseguente dequotazione dei valori di mercato. Il processo in questione è intensificato - di certo non marginalmente - da recenti, marcati e preoccupanti arretramenti pauperistici.

Per queste ragioni brevemente esposte, il tema della rinuncia alla proprietà immobiliare, suscita - immerso nel fluire della storia - il ridestarsi dell'interesse degli interpreti che vi scorgono una potenzialità espansiva, fino a qualche anno fa imprevedibile, sia quale oggetto di speculazione giuridica, sia quale fonte della proliferazione del contenzioso nelle aule di giustizia.

2. Un recente, articolato parere di massima dell'Avvocatura Generale dello Stato procede ad una efficace "*breve disamina dell'istituto della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà, al fine di valutare la legittimità di questa prassi assolutamente pregiudizievole per lo Stato*", traendo spunto da episodi "*accaduti nella sola provincia di Genova, in cui i proprietari di terreni con evidenti problemi di dissesto geologico e relativo rischio di franamento su condomini e strade pubbliche sottostante, nonché i titolari di appartamenti dichiarati pericolanti ed inabitabili, hanno rinunciato alle rispettive proprietà*

sul presupposto che i beni resisi vacanti siano acquisiti in proprietà dello Stato ai sensi dell'articolo 827 c.c., con conseguente accollo in capo all'erario di tutti i costi necessari per le opere di consolidamento, demolizione, manutenzione relativi ai beni stessi".

Il parere suggerisce all'amministrazione competente di coinvolgere i Consigli notarili affinché gli iscritti che ricevano atti di rinuncia alla proprietà immobiliare verifichino che ne sia data comunicazione all'Agenzia del demanio, al fine di consentire a quest'ultima l'adozione delle iniziative immediate di tutela della pubblica incolumità, *"nelle more dell'eventuale esperimento dell'actio nullitatis"*¹.

Il monito si risolve nel preannuncio di una campagna di iniziative giudiziali dirette a reprimere (ed a dissuadere, nel lungo periodo) il fenomeno della dismissione del diritto di proprietà immobiliare che scarichi sull'Amministrazione Statale, secondo l'impostazione tradizionale acquirente *ope legis* (art. 827 c.c.), il peso economico del bene, che ne ecceda il valore di scambio.

3. Quasi in sincrono con le riflessioni dell'Avvocatura Generale dello Stato, il tema in rassegna è venuto alla ribalta nelle sentenze coeve dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2020², percorse da fermenti innovativi nei quali si risolve il tentativo di elaborare una base legale certa dell'acquisto della proprietà in capo all'espropriante ove ricorrano i presupposti dell'art. 42 *bis* del D.P.R. 327 del 2001. Vengono consegnati all'archivio della storia gli orientamenti della Corte regolatrice secondo cui *"in alternativa alla restituzione, al proprietario è sempre concessa l'opzione per una tutela risarcitoria, con una implicita rinuncia al diritto dominicale sul fondo irreversibilmente trasformato"*³ e gli indirizzi interpretativi della stessa Adunanza Plenaria (Adunanza Plenaria n. 2/2016) orientati nella stessa direzione.

L'autorevole consenso è stato chiamato a rispondere al quesito: *"se la tesi che riconosce al proprietario del bene illegittimamente occupato e trasformato dalla pubblica amministrazione la facoltà di rinunciare al diritto di proprietà e di chiedere il risarcimento per equivalente del danno da perdita della proprietà, con l'effetto di determinare la cessazione dell'illecito permanente*

1. Rinuncia al diritto di proprietà immobiliare. L'eventuale esperimento dell'*actio nullitatis*, Parere del 14/03/2018 in Rassegna Avvocatura dello Stato n. 3/2019, pagg. 217 segg.

2. Cons. Stato, Ad. Plen. 20 gennaio 2020, n. 4; Cons. Stato, Ad. Plen. 20 gennaio 2020, n. 2. In Foro It., III, c. 135 segg. con note di Barilà, Nuovi interventi del Consiglio di Stato sulla tutela della proprietà rispetto ad occupazioni illegali dell'Amministrazione e di Bona-Pardolesi, Rinunzia abdicativa, abdicazione dalla giustizia?

3. Cassazione 28 marzo 2001 n. 4441, Foro It. Rep. 2001, voce Espropriazione per pubblica utilità n. 328; Cassazione sez. Un. 19 gennaio 2015 n. 735. Si veda Cass 19 febbraio 2020 n. 4252, in Foro It. Le Banche dati, archivio Cassazione Civile.

di occupazione sine titolo, sia compatibile con l'istituto delineato dall'art. 42 bis del D.P.R. 327/01, che si colloca nel settore ordinamentale speciale delle espropriazioni per pubblica utilità” (Cons. Stato, Ad. Plen. 20 gennaio 2020, n. 4, in motivazione n. 16)

L'Adunanza Plenaria si mostra agnostica sulla questione *“dell'astratta ammissibilità nell'ordinamento generale, sotto uno stretto profilo civilistico, della rinuncia al diritto di proprietà sul bene immobile”* limitandosi ad osservare che la dottrina civilistica prevalente *“propende per l'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto dominicale, che assume i tratti di una rinuncia traslativa nei casi di abbandono liberatorio...”* (Ad. Plen. 4/2020, in motivazione 16.1.) e non ritiene possibile *“la trasposizione della figura negoziale della rinuncia abdicativa dall'ambito privatistico al settore dell'espropriazione per pubblica utilità, al dichiarato fine di apprestare un ulteriore strumento di tutela del proprietario leso dall'occupazione illegittima e dalla trasformazione del fondo da parte della pubblica amministrazione”* in quanto ciò *“genera un'irrazionalità amministrativa di tipo funzionale, in quanto lascia aperta e irrisolta la questione dell'effetto acquisitivo in favore della pubblica amministrazione”* (Ad. Plen. 4/2020, in motivazione 16.2.1.). Si tratta di un'impostazione che - seppur dettata dall'obiettivo di escludere in termini assoluti il nesso tra abbandono del bene immobile da un canto, insorgere del credito aquiliano dal contenuto esattamente corrispondente al valore venale del cespite e suo acquisto alla mano pubblica (da ascrivere necessariamente, in mancanza di accordo tra il privato e l'Amministrazione utilizzatrice, all'emanazione di un provvedimento di espropriazione in forma semplificata) dall'altro - incrina il monolitismo di un istituto unitario, disarticolandolo con il rilievo che la rinuncia, implicita nella richiesta di risarcimento del danno in misura corrispondente al valore venale del cespite (nella sostanza inutilizzabile ed indisponibile da parte del privato perché usurpato dall'amministrazione in mancanza di provvedimenti ablativi), ovvero esplicita e proposta in processo simultaneo con siffatta domanda risarcitoria, non sarebbe configurabile in ragione del contrasto con i principi cardine del *“settore dell'espropriazione per pubblica utilità”*.

L'ente espropriante utilizzatore, manovrando le leve del pubblico potere, è l'unico titolato a decidere se acquisire l'area, o restituirla al proprietario ancorché - in ipotesi - svuotata da ogni contenuto economico in dipendenza della radicale immutazione generata dalla trasformazione fisica per effetto dell'esecuzione dell'opera pubblica.

4. Il riaccendersi dell'interesse alla sistemazione concettuale dell'istituto, che pareva sopito, cristallizzato com'era nelle trattazioni istituzionali e nei

radi arresti giurisprudenziali del secolo scorso⁴, si verifica dunque nel punto di confluenza, quasi occasionale, di due grandi direttrici di indagine ispirate da fenomeni di crisi e di trasformazione dei rapporti patrimoniali da un canto (lo squilibrio, che registra con sempre maggiore frequenza statisticamente saldi negativi, tra i *commoda* e gli *incommoda* del diritto di proprietà immobiliare⁵, dall'altro dall'obiettivo di eliminare ogni sconnessura dalla base legale certa cui (secondo la ricostruzione dell'Adunanza Plenaria del 2020) l'ordinamento speciale delle espropriazioni per pubblica utilità affida le regole di acquisto della proprietà di beni stabili occupati e trasformati dalla Pubblica Amministrazione senza titolo.

Nel panorama variegato della letteratura e soprattutto della giurisprudenza, condizionata nelle traiettorie decisionali dall'urgenza della soluzione del caso singolo, e poco proclive dunque a perseguire obiettivi di sistemazione organica degli istituti, è possibile cogliere impostazioni radicali, secondo le quali il nostro ordinamento rifiuterebbe la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare⁶.

La corrente di pensiero orientata in tale direzione giustifica la conclusione, operando fondamentalmente in due direzioni. Restringe l'ampio spettro semantico delle disposizioni che (come si vedrà tra breve, in sintesi) contemplano la rinuncia abdicativa ai diritti reali (inclusa la proprietà), dettando le regole per la forma *ad validitatem* della quale deve essere rivestita, ed inserendola nel catalogo tassativo degli atti soggetti a trascrizione; svaluta l'argomento tradizionalmente fondato sulla previsione dell'art. 827 c.c., secondo il quale non è configurabile nel nostro ordinamento il fenomeno della vacanza dei beni immobili, assegnati per volontà del legislatore allo Stato che li acquista automaticamente (anche) nel caso di dismissione da parte del proprietario.

Così, Tribunale Genova 05/02/2019⁷ afferma che *“La rinuncia abdicativa al diritto di proprietà esclusiva su bene immobile non è ammissibile”*, mostrando piena adesione agli itinerari argomentativi di TAR Piemonte 28 marzo 2018, n. 368⁸ sintetizzati nella massima estratta dalla pronuncia (*“La possibilità nel nostro ordinamento di esercitare la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare non può essere desunta in via interpretativa da norme che disciplinano casi specifici di rinuncia abdicativa, dalle quali semmai*

4. Favara, Abbandono di Fondo, in *Novissimo Dig. It.*, Torino 1957, I, 1, pag. 8; Bianca, *Diritto Civile* 6, La proprietà, Milano 1999, pag. 406: “la rinuncia può avere ad oggetto la proprietà di un bene”.

5. De Mauro, *Rinuncia alla proprietà immobiliare*, Napoli 2018, pag. 143.

6. Cfr. De Mauro, *Op. cit.* pag. 190 segg.; cfr. la giurisprudenza citata.

7. In *Riv. giur. Edilizia* 2018, 3, I, pag. 715.

8. In *Riv. del Notariato* 2019, 3, II, pag. 580.

si dovrebbe ricavare che il legislatore ha voluto ammettere solo casi tipici; né essa rinuncia si può evincere, in maniera chiara, dagli artt. 1350 n. 5 e 2643 n. 5 c.c., che, in particolare, facendo riferimento alla rinuncia ai diritti immobiliari possono e debbono interpretarsi, prima di tutto, nel senso che si riferiscono ai casi di rinuncia a diritti reali espressamente disciplinati dal codice (ad esempio: la rinuncia a diritti reali minori; la rinuncia alla quota di proprietà pro indiviso) ovvero, comunque, a casi di rinuncia traslativa, e non abdicativa; né l'art. 827 c.c. contiene alcun riferimento alla rinuncia abdicativa a diritti immobiliari e segnatamente alla rinuncia al diritto di proprietà, né tale norma contiene riferimento alcuno agli atti e fatti giuridici che possono aver dato luogo alla esistenza di beni immobili privi di proprietario").

La conclusione alla quale approda il Tribunale di Genova, tributario del TAR Piemonte, è la seguente: l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare è invalido, principalmente perché "redatto in assenza di una previsione legislativa di riferimento" ed in secondo luogo perché non riconducibile ad una fattispecie atipica diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico in base al secondo comma dell'articolo 1322 c.c.

Viene dunque impresso uno stigma di anti-giuridicità assoluta su un istituto da sempre ritenuto dalla dottrina unanime coerente al sistema e che - a ben vedere - non è necessario cassare attraverso interpretazioni eterodosse del quadro normativo per conseguire la finalità di impedire (come nel caso affrontato da Trib. Genova 5 febbraio 2019) la traslazione definitiva dei costi per opere di consolidamento e manutenzione dei beni indesiderati a carico dello Stato.

Alcuni indicatori normativi sull'ammissibilità della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà

1. Il tratteggio di questi nuovi orizzonti interpretativi, che trova riscontri nella letteratura recente in controtendenza rispetto agli orientamenti tradizionali⁹, non convince pienamente e non vale a scardinare il solido radicamento dell'opinione più diffusa ed accreditata, incline a ritenere ammissibile nel nostro ordinamento la rinuncia meramente abdicativa al diritto di proprietà.

In questa direzione orienta anzitutto un nutrito corredo sintomatologico tratto dall'esame delle disposizioni del codice civile che presuppongono l'istituto della rinuncia al diritto dominicale, qui enunciata senza pretesa di completezza. Dal coordinamento tra le disposizioni dell'art. 1350 n. 5 c.c. e dell'art. 2643 n. 5 c.c. si desume - in base all'interpretazione testuale - che

9. Si veda infatti De Mauro, op. Loc. cit. 190.

possono formare oggetto di rinuncia abdicativa e successiva trascrizione tutti i diritti indicati nei numeri precedenti, incluso perciò il diritto di proprietà contemplato sia nel n. 1 dell'art. 1350 che nel n. 1 dell'art. 2643 c.c.

Precisamente, l'art. 1350 n. 5 c.c. dispone che debba essere rivestita della forma scritta, requisito di validità dell'atto, la rinuncia ai diritti indicati nei numeri precedenti che elencano in ordine decrescente di importanza (misurata alla luce di criteri economico-giuridico universalmente accolti), la proprietà, l'usufrutto, la superficie, l'enfiteusi, la comunione dei diritti menzionati, le servitù prediale, l'uso su beni immobili e l'abitazione.

In tema di comproprietà (che si fonda sul concetto di contitolarità di un bene, per quote indivise spettanti a più persone¹⁰) di un immobile, la Suprema Corte ha interpretato l'art. 1104 c.c. che prevede la facoltà del comunista di liberarsi dell'obbligo di sostenere le spese necessarie per la conservazione ed il godimento della cosa comune, rinunciando al suo diritto. Ha ritenuto che l'effetto della rinuncia, negozio di natura abdicativa, determina *ipso iure*, in forza del principio di elasticità del dominio, l'accrescimento della quota rinunciata a favore del compartecipe che, pertanto, in caso di proporzione delle rispettive quote, diviene proprietario esclusivo del bene¹¹. Si tratta di un esplicito riconoscimento della validità di dichiarazioni dismissive del diritto di (com)proprietà, la cui natura giuridica non muta in relazione al dato puramente accidentale della titolarità collettiva anziché individuale del bene.

Dall'art. 827 c.c. possono ricavarsi indicatori ulteriori (seppure dal vago sapore tautologico): la norma non prevede esplicitamente l'atto di rinuncia alla proprietà immobiliare, lo presuppone in quanto - ritenendo il contrario - il principio espresso avrebbe scarsa rilevanza nel sistema legislativo¹². Si tratta di un argomento di rincalzo: osserva il Guardasigilli nella Relazione al Re concernente il libro della proprietà (n. 45) che il principio secondo cui non sono neppure configurabili nel nostro sistema beni immobili adespoti o vacanti "*colma una lacuna del vecchio codice, la quale aveva aperto l'adito a dubbi e soluzioni diverse*". Da tale proposizione qualcuno trae la conclusione che si tratterebbe di una norma con funzione transitoria; altri commentatori, esemplificando la casistica inclusa certamente nel perimetro applicativo

10. Per una incisiva rassegna sulle concezioni che si contendono il campo in *subiecta materia* e con particolare riguardo alla teoria della proprietà plurima parziaria, si veda Bianca, op. cit. pag. 450.

11. Cassazione Civile, sez. II, 9/11/2009, N. 23691.

12. Iaccarino, La Rinuncia al Diritto di (com)proprietà nella prassi notarile, in *Notariato* 6/2016, pag. 585. Quadri, La rinuncia al diritto reale immobiliare: spunti di riflessione sulla causa dell'atto unilaterale, Napoli 2018, pag. 8 e quivi nota 16.

dell'art. 827 c.c. vi includono le cime delle montagne¹³, a sottolineare come sia, oltre che residuale, di scarsa o nulla consistenza economica il patrimonio immobiliare disponibile dello Stato, tale perché non appartenente ad alcuno.

Ben maggior rilievo assumono, ad avviso di chi scrive, gli argomenti di natura sistematica. Affermare (in difetto di uno specifico divieto normativo) la nullità o l'inammissibilità di una rinuncia abdicativa al diritto di proprietà significherebbe istituire assonanze non giustificabili tra lo statuto del diritto dominicale ed il regime dei diritti indisponibili a contenuto esclusivamente o prevalentemente non patrimoniale, nei quali l'interesse tutelato (trascendendo la dimensione individuale) assume nella scala dei valori enunciati dalla Carta fondamentale un rilievo primario, ancorato ai lineamenti della nostra forma di Stato e perciò degno della massima protezione, cui consegue la nullità di qualsiasi atto dismissivo (illecito per definizione).

Omologare sul punto la disciplina del diritto di proprietà a quella dei diritti indisponibili della personalità, o degli *status* personali¹⁴ segnerebbe un'involuzione ed un moto retrogrado di acquisizioni stratificate nel pensiero giuridico e consolidate ben prima dell'irrompere nell'ordinamento delle regole costituzionali; sovvertirebbe le relazioni "*gerarchiche*" tra le disposizioni dedicate ai principi fondamentali ove si proclama solennemente il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, e le disposizioni dettate in tema di rapporti economici, nelle quali si iscrivono quelle poste a presidio della proprietà privata¹⁵.

Neppure il richiamo alla "*funzione sociale*" della proprietà, espressione baricentrica nell'art. 42 della Carta fondamentale che getta le basi costituzionali dello statuto del diritto dominicale, vale a corroborare la tesi dell'invalidità - tale in ragione di un supposto contrasto *a priori* con l'ordinamento giuridico, indipendentemente da ulteriori valutazioni che investano il concreto congegno negoziale - della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare.

La più autorevole manualistica rappresenta fedelmente, con dovizia di indicazioni bibliografiche, la divergenza tra i fautori della tesi secondo la quale la funzione sociale costituirebbe - se non addirittura una formula vacua - una sorta di limite legale esterno della proprietà; e coloro i quali sostengono la "*diretta operatività del principio della funzione sociale*"¹⁶.

13. Cfr. Pescatore, in Commentario del Codice Civile Utet III, 1, Della Proprietà a cura di Pescatore-Albano-Greco, Torino 1968, pag. 124.

14. Del Prato, voce Transazione, in Enc. Dir., XLIV Milano 1992, pag. 841; Macioce, voce Rinuncia, in Enc. Dir., XL, 1989 pag. 942.

15. Bianca, op. cit., pagg. 168.

16. Bianca, op. cit. 172 e quivi nota 71; Rodotà, Il terribile Diritto. Studi sulla proprietà

2. In questa fase dell'indagine occorre verificare se gli atti di rinuncia alla proprietà, che nella prassi notarile si presentano con caratteristiche strutturali uniformi, alla stregua di una categoria logico giuridica unitaria, siano riconducibili ad una fattispecie "socialgiurisprudenziale"¹⁷ socialmente tipica idonea almeno in astratto a produrre l'effetto minimo essenziale dei negozi abdicativi (la dismissione del diritto), secondo la ricostruzione (prevalentemente dottrinale) dell'istituto, atteso che "il codice civile non contiene una norma di carattere generale sulla rinuncia"¹⁸.

La sussunzione della rinuncia alla proprietà immobiliare all'interno di un modello negoziale, in astratto riconosciuto e garantito dall'ordinamento, costituisce infatti (sul terreno del diritto applicato, come pure del ragionamento teorico) la necessaria premessa per verificare se l'operazione - appagato il requisito della rispondenza al tipo - debba subire una valutazione di meritevolezza degli interessi in concreto perseguiti.

Assume perciò una carica neutrale a questi fini stabilire se la "funzione sociale" sia una componente strutturale del diritto di proprietà, ovvero se costituisca un suo limite legale. Si rifletta sul fatto che - pur costituendo l'acquisto della proprietà del bene da parte dello Stato un effetto riflesso ed indiretto del negozio rinunciativo - sul piano economico tale acquisto può determinare un incremento delle componenti attive del patrimonio della pubblica amministrazione, quando sia dotato di un apprezzabile valore di scambio o di godimento; può di contro risolversi in un decremento della sfera patrimoniale intesa nell'accezione di somma algebrica tra i componenti di segno positivo e di segno negativo, quando il bene generi costi collegati ad interventi (ad esempio) di messa in sicurezza necessari per arginarne la pericolosità e di tale entità da eccederne il valore di scambio.

Non può - conclusivamente - affermarsi che la funzione sociale della proprietà osti alla configurabilità, e dunque alla stessa ammissibilità nel nostro ordinamento, di una rinuncia al diritto dominicale immobiliare. La funzione sociale può semmai integrare un parametro di meritevolezza degli interessi¹⁹ da applicare a fattispecie concrete e non certo a modelli astratti.

privata, Milano 1982 pag. 223; Perlingeri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli 1984, pagina 492 e 493: "la funzione sociale rientra nel profilo interno della figura della proprietà. Essa tuttavia non si identifica con le limitazioni, i vincoli, gli oneri poiché ha una sua autonomia che prescinde dalla loro esistenza e ne costituisce anzi la giustificazione giuridica".

17. Sulla fenomenologia, dei tipi legali, sociali e giurisprudenziali, e sul fenomeno della "emersione socialgiurisprudenziale" del tipo, si veda Sacco, *Il Contratto, Trattato di diritto civile italiano diretto da Vassalli*, Torino 1975 pag. 813 segg. e quivi, in particolare, pag. 814.

18. Maioce, op. cit. pag. 923.

19. Perlingeri, Op. cit., pag. 496.

Non erige infine un ostacolo concettuale alla dismissione del diritto di proprietà la sua imprescrittibilità, desunta dalla previsione dell'art. 949 c.c. secondo cui l'azione di rivendicazione non si prescrive.

Il requisito dell'imprescrittibilità dell'azione e del diritto che la sottende non costituisce il sintomo del regime di indisponibilità ma, secondo l'opinione che merita di essere condivisa, un corollario del principio secondo il quale *“la presenza di un rapporto giuridico costituisce la condizione ad un tempo necessaria e sufficiente affinché la prescrizione operi”*²⁰.

Con il conforto degli indici testuali passati brevemente (ed in modo certamente incompleto) in rassegna, assume un'importanza preponderante la considerazione che la rinuncia va inquadrata nell'attività dispositiva che *“comprende ogni atto giuridico che importi diminuzione patrimoniale”*²¹; è una forma di esercizio - se si vuole estremo e definitivo - della facoltà di disporre, incasellabile nello schema definitorio dell'art. 832 c.c. secondo cui la proprietà è il diritto di disporre e di godere in modo pieno ed esclusivo della cosa che ne forma oggetto.

La posizione dell'Adunanza Plenaria

Alla luce delle considerazioni che precedono suscita interrogativi la coerenza degli indirizzi dell'Adunanza plenaria con il sistema di tutele del privato inciso dall'attività usurpatrice della Pubblica Amministrazione.

L'Adunanza plenaria afferma che non è ammissibile la rinuncia del proprietario al suo diritto, implicita nella richiesta di risarcimento del danno per equivalente. La conclusione è il punto d'approdo di un complesso ragionamento, delle cui tappe fondamentali val l'opera rendere brevemente conto, non senza puntualizzare prima che - in sostanza - il proprietario invoca tutela domandando il risarcimento del danno subito a causa del completo svuotamento del valore economico del bene, irreversibilmente trasformato o definitivamente sfruttato dall'Ente utilizzatore *sine titulo*; dichiara (e nulla vieta che possa farlo - anche in sincrono o contestualmente all'instaurazione del giudizio - nel rispetto dei requisiti di forma dell'art. 1350 n. 5 c.c.), la volontà di dismetterlo, reputando che il cespite sia stato irreversibilmente privato delle sue energie, consunte dal raggiungimento degli scopi di interesse pubblico che l'art. 42 *bis* del D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 elegge a presupposto essenziale dell'espropriazione semplificata.

I corollari della rinuncia, che determina come effetto indiretto l'acquisto

20. Vitucci, Le disposizioni generali sulla prescrizione, in Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno, 20, Torino 1985, pag. 389.

21. Macioce, op. cit. pag. 927.

automatico del bene immobile al patrimonio disponibile dello Stato, sono del tutto irrilevanti per il privato, il cui unico interesse è quello di reintegrare la propria sfera patrimoniale a seguito della menomazione inferta dall'illecito commesso dall'Amministrazione utilizzatrice, dismettendo al contempo un bene ormai inutile nell'ottica del godimento e dello scambio.

Tale profilo è certamente dequotato - se non relegato nella sfera dell'irrelevante - nei percorsi argomentativi della Plenaria, secondo cui accordare al privato il potere di rinunciare alla proprietà onde ottenere il risarcimento del danno per equivalente, non consentirebbe di risolvere in modo coerente con l'ordinamento di settore la questione nodale *“del titulus e del modus adquirendi del diritto di proprietà in capo all'amministrazione occupante obbligata al risarcimento dei danni”* (Ad. Plen. n. 4, 16.2.1). In questa direzione logica, osserva ancora l'autorevole Consesso, l'acquisto non potrebbe avvenire in capo all'amministrazione occupante diversa dallo Stato, ma - ai sensi dell'art. 827 c.c. - invariabilmente al patrimonio disponibile di questo; neppure potrebbe invocarsi *“l'applicazione analogica di altre fattispecie di acquisto a titolo originario per fatti occupatori disciplinate dal codice civile, quali gli art. 923, 940 o 942 c.c., in quanto si incorrerebbe nella violazione del principio di legalità delle fattispecie ablative, sancito dalla costituzione e dalla Cedu”* (16.2.1); ove si aderisse *“alla tesi della rinuncia abdicativa, l'evento dannoso (perdita della proprietà) verrebbe cagionato dallo stesso danneggiato, in contrasto con i principi che presiedono all'illecito aquiliano, che esigono un rapporto di causalità diretta tra evento dannoso e comportamento del soggetto responsabile...”* (16.2.2).

La trama elaborata del discorso è però scarsamente persuasiva se posta a contatto con la constatazione che il proprietario (titolare monopolista ed esclusivo interprete dei suoi interessi di rango privatistico, nonché depositario degli strumenti di tutela, i quali godono della copertura costituzionale dell'art. 24 Cost.), nel proporre dinanzi al giudice giurisdizionalmente competente la domanda risarcitoria, tende alla rimozione del pregiudizio sofferto e ben può contestualmente esprimere (nel rispetto del formalismo negoziale) la volontà di abbandonare il bene, ormai irreversibilmente privato del valore di scambio o di godimento, come accade in tutte le ipotesi nelle quali - ad esempio - sul terreno usurpato sia stata realizzata una strada, o costruita un'opera. Gli sono indifferenti gli effetti mediati della rinuncia, predeterminati dalla legge.

Qualora il privato rinunci al diritto di proprietà nelle forme stabilite dalla legge e contestualmente promuova il giudizio di responsabilità invocando la protezione aquilana contro il soggetto usurpatore *sine titulo*, non fa altro che esercitare - non ostandovi alcun divieto normativo esplicito - i diritti (sostan-

ziale e di azione) che gli competono in base alle regole di diritto comune.

L'Adunanza plenaria non spiega quale sia la norma di copertura o il procedimento di *analogia iuris* atto a giustificare - nel "settore dell'espropriazione per pubblica utilità" - la sostanziale disattivazione (a discapito del proprietario) del rimedio del risarcimento del danno a fronte di occupazioni illecite e del potere di rinuncia al diritto dominicale, in ipotesi rivestito della forma scritta acconcia al negozio e trascritto; in concreto, distende un'impenetrabile rete di protezione che avvolge la pubblica amministrazione autrice dell'illecito permanente, consegnandole il potere incondizionato di scelta se restituire l'immobile oppure acquisirlo con il meccanismo dell'espropriazione semplificata di cui all'art. 42 *bis*; circoscrivendo altresì la tutela del proprietario al solo strumento dell'azione di accertamento dell'inerzia della Pubblica Amministrazione, qualora quest'ultima non eserciti l'opzione suddetta.

Occorre, per amor del vero, sottolineare come nel diritto applicato l'elaborazione delle strategie difensive segue schemi ricorrenti, perché il privato esercita l'azione diretta ad accertare l'illegittimità del silenzio della pubblica amministrazione allo scopo di costringerla ad assumere, maggiormente nel caso in cui l'utilizzazione per scopi di pubblica utilità si sia sostanziata nella realizzazione di opere il cui valore superi notevolmente quello del terreno usurpato, il provvedimento espropriativo che produce i suoi effetti acquisitivi, a titolo originario, quando si verifica la condizione sospensiva del pagamento dell'indennità.

Come è noto, il credito indennitario regolato dall'art. 42 *bis* si compone del cumulo di tre addendi: il valore venale del bene, la maggiorazione del 10% a titolo di danno non patrimoniale, un importo corrispondente al 5% del valore venale, salva la prova del maggior danno, per ogni anno di occupazione non titolata (che, di solito, al momento della scelta si è già protratta da molto tempo). Il regime probatorio delle prestazioni indennitarie satelliti (componente non patrimoniale e soprattutto relativa al ristoro dell'occupazione) è incentrato sulla presunzione *hominis* che tali poste corrispondano a frazioni determinate del valore venale. È fatta salva perciò la prova che il pregiudizio sia maggiore di quello presunto dalla legge.

In linea di prima approssimazione, giova al privato inciso dall'illecito permanente avvalersi dello strumento sollecitatorio di cui agli art. 32 e 117 c.g.a., in quanto l'istituto disciplinato dall'art. 42 *bis* presenta - circa i risvolti indennitari - indiscutibili vantaggi; infatti, la domanda risarcitoria per equivalente al di fuori del perimetro tracciato dalla norma suddetta presuppone la stretta osservanza delle regole concernenti il carico probatorio, essendo l'attore onerato di dimostrare lo svuotamento del bene da ogni contenuto economi-

co, il valore che avrebbe avuto in data regime di libera contrattazione, l'entità dei pregiudizi afferenti all'occupazione non titolata, senza potersi giovare del regime probatorio agevolato dalle presunzioni relative.

L'esclusione patrocinata dalla Plenaria - entro il perimetro tracciato con chiarezza dalla decisione - sembra il frutto di un procedimento di creazione pretoria del diritto, al pari di quanto accadde nel 1983, quando la sentenza Bile²² stabilì i lineamenti dell'occupazione appropriativa, che divelse da ogni base legalistica l'acquisto della proprietà elevando a fatto acquisitivo *extra ordinem* l'illecita ed irreversibile trasformazione del terreno privato, preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

Non si considera che possono profilarsi situazioni, seppur marginali sul terreno statistico, nelle quali il rimedio dell'acquisizione sanante non è applicabile, come - ad esempio - nei casi di "*immobili che non sono oggi in uso ad alcuna amministrazione (terreni cavati, terreni dove sono state iniziate ma mai finite opere pubbliche...)*"²³ ed è legittimo ipotizzare che il privato intenda fronteggiarle attraverso l'azione combinata della rinuncia abdicativa e dell'azione di responsabilità.

Il raccordo con la tematica del paragrafo b)

L'impostazione della dottrina dominante, secondo la quale è ammissibile la rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare, va condivisa anzitutto sulla base dell'applicazione, con animo sgombro da preconcetti, dei criteri di interpretazione degli atti normativi.

Secondo l'art. 1350 n. 5 c.c., gli atti di rinuncia ai diritti indicati nei numeri precedenti, che menzionano tra gli altri i contratti diretti al trasferimento della proprietà (n. 1) e quelli che regolano le vicende dei diritti reali, debbano essere rivestiti della forma scritta *ad substantiam actus*.

L'oggetto del negozio abdicativo, secondo la lettera della legge che ne presuppone la configurazione, normativamente o socialmente tipica, è inequivocabilmente riferito al diritto e non al contratto diretto a trasferirlo, estinguerlo, o a regolarne le vicende.

L'opinione contraria alla stessa ammissibilità di un atto che dismetta il diritto di proprietà svaluta il significato proprio della disposizione e lo restringe, senza alcuna convincente spiegazione, alle fattispecie di rinuncia - non

22. Cass. 26 febbraio 1983 n. 1464, in Giust. Civ. 1983, I, pag. 707. Per uno sguardo retrospettivo sul fenomeno dell'occupazione illegittima, e della tutela del proprietario nell'ormai tramontato regime di formazione giurisprudenziale, Vignale, L'espropriazione per pubblica utilità, Napoli 1998, pag. 403 segg., con ampi riferimenti giurisprudenziali.

23. Barilà, op. cit., c. 164.

abdicativa, se non altro perché non determina la vacanza del bene²⁴ - ai diritti derivanti dai contratti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà di immobili.

Oltre a praticare un'interpretazione della disposizione, distonica rispetto alla connessione delle parole, tale impostazione ragionativa entra in tensione con la giurisprudenza di vertice che - unanime - ritiene irrilevante, ai fini della conformazione del diritto reale, il titolo contrattuale che ne regola le vicende²⁵.

Ove il contenuto e la disciplina del diritto potessero variamente atteggiarsi in funzione del titolo contrattuale, si porrebbero problemi di compatibilità di tale ricostruzione con il criterio dell'interpretazione letterale, e con il principio invalso nell'esperienza giurisprudenziale, che scorge nel contenuto del diritto la relazione con il bene che ne forma l'oggetto.

La previsione dell'art. 827 c.c., come pure il disposto dell'art. 42, 3° comma Cost, sono neutri ai fini della soluzione del dilemma, per le ragioni già brevemente esposte senza alcuna velleità di completezza.

Cenni sulla struttura della rinuncia abdicativa. La questione della causa concreta

1. Secondo la corrente di pensiero dominante, la rinuncia al diritto di proprietà immobiliare è un negozio unilaterale non ricettizio, perfetto ed efficace con la manifestazione di volontà del suo autore, rivestita dalla forma *ad validitatem*, indipendentemente dal fatto che la dichiarazione sia pervenuta nella sfera di conoscenza dello Stato, il quale acquista la proprietà a titolo originario, automaticamente e quale effetto mediato della rinuncia²⁶. Se la rinuncia abdicativa non ha un oblato, non trattandosi di una rinuncia traslativa in favore di un soggetto determinato, è anche vero che in termini funzionali il risultato finale è analogo a quello conseguito da un atto attributivo "*perché il soggetto che rinuncia è come se rinunziasse a favore dello Stato...*"²⁷.

Questa impostazione riecheggia, veicolata dal richiamo ai principi di leale collaborazione e di buona fede in senso oggettivo, nella nota del direttore generale dell'ufficio degli archivi notarili del ministero della giustizia in data

24. De Mauro, op. cit., pag. 192.

25. Cassazione civile, sez. II, 12/11/2019, n. 29231: "*I diritti reali, in quanto diritti assoluti, appartengono alla categoria dei diritti cosiddetti autodeterminati, che si identificano in base alla sola indicazione del loro contenuto e non per il titolo che ne costituisce la fonte*".

26. Gazzoni, Trattato della trascrizione. La trascrizione degli atti e delle sentenze, 1, I Torino 2012, pag. 257.

27. Gazzoni, op. cit. pagg. 257-258.

15 marzo 2018²⁸, ove viene sollecitata la collaborazione dei notai, per il tramite dei consigli notarili, affinché diano comunicazione al competente ufficio dell’Agenzia del Demanio degli atti di rinuncia, malgrado la loro natura pacificamente non ricettizia.

Si legge in filigrana la giusta preoccupazione di garantire il controllo immediato sulle implicazioni, potenzialmente pregiudizievoli per lo Stato, dell’acquisto automatico di beni di scarso o nullo valore, possibile fonte di responsabilità risarcitoria ovvero di esborsi collegati ad onerosi interventi di messa in sicurezza, qualora le loro condizioni ne rivelino la instabilità.

2. L’analisi deve adesso progredire verso gli aspetti finalistici dell’operazione negoziale, che l’interprete non può trascurare nell’assolvere al delicato, e forse nodale, compito di stabilire se - una volta ammessa nel nostro ordinamento la figura della rinuncia abdicativa al diritto di proprietà immobiliare - il giudice debba scrutinarne la meritevolezza ed accordare all’Amministrazione le forme di tutela (e quali) ricavabili dal sistema.

La mente corre alle situazioni (ipostatizzate nel parere dell’Avvocatura Generale dello Stato, ed attinenti in specie a terreni con problemi di dissesto geologico, rischio di franamento, appartamenti dichiarati pericolanti), poste all’attenzione della giurisprudenza di merito.

La corrente di pensiero favorevole all’ammissibilità della rinuncia in oggetto puntualizza che il Giudice deve indagare sulla causa in concreto dell’atto e predicarne la nullità laddove l’unico obiettivo dell’atto dismissivo si riveli quello, illecito, di abbandonare un bene interamente depleto, rispetto al quale i costi degli interventi di manutenzione o risanamento, uniti al carico fiscale, sopravanzino l’astratto valore di mercato. In tal caso, per utilizzare, in un’ottica paradigmatica, i tratti qualificanti del sillogismo decisionale di App. Genova 27 novembre 2018²⁹ “*lo scopo pratico del negozio, la sua funzione individuale (secondo la nozione di causa in concreto...) si sostanzia dunque in una sottrazione da responsabilità da cosa in custodia...*”, con la conseguenza di rilievo che la dichiarazione negoziale è illecita sotto il profilo causale atteso il contrasto con il canone di ordine pubblico secondo cui il “*rispetto del neminem laedere, riferito alla persona, non può mai essere derogato dalla volontà delle parti...*”.

Anche la dottrina - alla ricerca del fondamento sistemico dell’estensione del controllo giudiziale di meritevolezza, previsto per i contratti innominati, all’atto unilaterale di rinuncia - ritiene che il profilo causale rilevi nella rico-

28. Citata nel parere dell’Avvocatura dello Stato: nota 1.

29. In Foro It. 2019, I, c 308 segg. con nota redazionale in cc 318 e 319.

struzione della disciplina dell'atto unilaterale³⁰ e si atteggi come sua causa concreta. Il Giudice deve vagliare anche gli interessi esterni al negozio (si pensi all'interesse dello Stato a non subire lesioni della sua sfera patrimoniale, nel caso in cui acquisti automaticamente, quale effetto riflesso della dismissione, beni pregiudizievoli per il loro modo di essere), e deve includerli nell'autoregolamento negoziale individuando, attraverso il bilanciamento con la funzione dismissiva, la causa concreta dell'operazione e qualificandola in termini di liceità o illiceità sulla base di una ricostruzione nella quale appaiono però dominanti ineliminabili componenti discrezionali³¹

3. La tesi che estende all'atto di rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare il controllo di meritevolezza della causa concreta dell'operazione, intesa quale assetto degli interessi in conflitto, va analizzata con spirito critico.

Di certo - per convalidarne il fondamento - non è sufficiente prendere atto del declino della concezione secondo cui gli atti unilaterali sarebbero acausali, ovvero sfuggirebbero a tale scrutinio (volto nell'esperienza giurisprudenziale ad individuare i profili di illiceità del negozio), perché questo sortirebbe esito positivo soltanto nel caso in cui *“si accertasse che l'atto di un soggetto trova causa nell'atto del destinatario; e questo accertamento finirebbe, manifestamente, con il restituire contrattualità al rapporto, nonostante la diversa configurazione prescelta dalle parti”*³². In tale ragionamento risuona l'eco di correnti di pensiero inclini a sovrapporre la causa al sinallagma funzionale. Il corollario di tale impostazione è quello di estromettere dal perimetro dei negozi causali tutti i negozi unilaterali, nei quali non è configurabile alcun meccanismo commutativo. Invece, la valutazione sociale di ogni atto di autonomia da parte del giudice, e pertanto la verifica di liceità, ed il vaglio di meritevolezza dell'assetto di interessi che nelle concezioni moderne equivale alla causa concreta dell'operazione (termine sovente utilizzato in luogo di quello, intriso di concezioni ideologiche, di negozio) sono invalsi quali categorie di giudizio, di ampia estensione, non soltanto nella speculazione dottrinale ma nel diritto applicato.

Torniamo alle ragioni - per l'appunto - concrete in relazione alle quali, in modo socialmente tipico, si pone il problema della qualificazione della rinuncia abdicativa alla proprietà immobiliare alla luce del parametro della

30. Quadri, op cit. pag. 130, e quivi nota 37.

31. Quadri, op. cit, pag. 136 pone in evidenza che *“atti pur strutturalmente affini – si pensi proprio agli atti di rinuncia al diritto reale – possono presentare, in concreto, una causa in tutto o in parte eterogenea, stante la variegata articolazione dei rapporti esistenti tra i soggetti portatori di quegli interessi che l'atto intende regolare”*.

32. Galgano, Il negozio giuridico, in Trattato di diritto civile diretto da Cicu e Messineo, Milano 1988 pag. 209.

meritevolezza.

Certamente, non può ritenersi che la rinuncia alla proprietà sia illecita, o non meritevole di tutela, unicamente perché il titolare del diritto intende liberarsi ed invero si libera dagli obblighi tributari. Anche ammesso che tale intento si elevi al di sopra della soglia dei motivi, e cioè delle ragioni che animano le scelte soggettive sottese al contenuto del regolamento negoziale, ma ad esso esterne, il tributo nasce in funzione di una valutazione discrezionale dell'ente impositore (sotto riserva di legge), il quale scorge nel diritto (più propriamente, nelle energie che vi sono racchiuse, suscettibili di valutazione economica) il presupposto imponibile e dunque il sintomo di una capacità contributiva.

La circolazione indiretta del bene, acquisito alla mano pubblica in virtù dell'automatismo regolato dall'art. 827 c.c., spegne o dirotta verso il nuovo titolare (lo Stato è tenuto al pagamento dei tributi comunali sugli immobili con riferimento ai cespiti inclusi nel suo patrimonio disponibile : Cass. 5 febbraio 2019 n. 3275³³ il dato rivelatore della ricchezza imponibile.

Lo Stato non potrebbe certamente dolersi di questa estinzione o transizione, che costituisce semplicemente il contraltare della perdita del diritto, al quale, sulla base di una valutazione sovrana del legislatore, è legata, nei sensi precisati, la creazione dell'obbligazione tributaria, ambulatoria in dipendenza delle vicende del bene. Né potrebbe imputarsi al privato la violazione di un dovere di comportamento ispirato alla buona fede in senso oggettivo, in quanto il collegamento biunivoco tra titolarità del diritto ed obbligo tributario è stato stabilito *a priori* dalla legge, in forza della riserva relativa posta dall'art. 23 della Costituzione.

La valutazione di meritevolezza che cada sull'atto dismissivo di beni il cui contenuto economico abbia subito un processo di completa deplezione dovuto alle devastazioni spesso improvvise ed imprevedibili, inferte da fenomeni naturali, quali alluvioni, terremoti, frane, smottamenti; ovvero dovute all'incuria dell'autorità che non abbia vigilato sull'attività edilizia o di trasformazione del territorio (avvenuta all'insaputa del rinunciante) non dovrebbe condurre alla dichiarazione di nullità, ove si conceda spazio adeguato all'applicazione diretta (in mancanza di specifiche norme emanate *ad hoc* dal legislatore ordinario) del principio di solidarietà, cardine della nostra forma di Stato. Sarebbe difficile trovare una ragione convincente per le quali sia illecito, o non meritevole di tutela, l'abbandono (ad esempio) di un appezzamento di terreno devastato da fenomeni meteorologici straordinari ed imprevedibili (si pensi ad un terreno acclive coltivato secondo le regole dell'agronomia, ma fortemente compromesso e destabilizzato da un dissesto idrogeologico verificatosi a

33. In <http://iltributario.it>, 13 marzo 2019.

monte, le cui cause non siano riconducibili all'inerzia del proprietario, ma al rilascio di illegittimi permessi di costruire o al contrasto oggettivo degli interventi di trasformazione con i piani stralcio di assetto idrogeologico).

Quanto alle situazioni nelle quali il privato rinuncia al bene per ragioni egoistiche, prevalentemente perché intende allontanare da sé il peso finanziario della manutenzione o del consolidamento, occorre sciogliere il dilemma se in tali casi l'atto abdicativo tenda, pur perfezionato da una sola dichiarazione, ad una composizione - sbilanciata in favore del proprietario ed illecita perché contraria all'ordine pubblico economico - degli interessi in conflitto sulla base dell'equivalenza degli effetti tra atto attributivo ed atto dismissivo³⁴; ovvero se l'obbiettivo rimanga estraneo ai requisiti strutturali del negozio e vada qualificato alla stregua di un motivo, tendenzialmente irrilevante.

È stato giustamente puntualizzato che l'ampliamento del concetto di causa, secondo l'idea della causa concreta, impone che questa ultima debba "declinarsi in termini di oggettività" (come osserva efficacemente Roppo). All'assetto di interessi oggettivo non può ritenersi estraneo a priori il principio di indipendenza della sfera patrimoniale dello Stato anche ove si acceda all'interpretazione maggioritaria che consentendo la rinuncia al diritto di proprietà, colloca l'acquisto nell'area di applicazione dell'art. 827 c.c., stabilendo che lo Stato sia automatico acquirente del bene (un eventuale interesse - allo stato puro - a rifiutare l'acquisto non godrebbe infatti di alcuna protezione da parte dall'ordinamento).

Nondimeno, a ben vedere, lo Stato mira a neutralizzare attraverso l'*actio nullitatis* l'acquisto a titolo originario di beni immobili alla cui intrinseca pericolosità è connessa una potenziale responsabilità verso terzi. Nel caso di rovina di edificio, la giurisprudenza³⁵ ritiene che "*L'articolo 2053 del codice civile rappresenta un'ipotesi di responsabilità oggettiva - il cui carattere di specialità rispetto a quella di cui all'articolo 2051 del Cc, deriva dal fatto che essa è posta a carico del proprietario o di altro titolare di diritto reale di godimento. In altri termini il responsabile deve essere individuato in base al criterio formale del titolo, non bastando che egli abbia un potere d'uso sulla res che cagiona il danno - la quale può essere esclusa solamente dalla dimostrazione che i danni provocati dalla rovina dell'edificio non debbono ricondursi a vizi di costruzione o difetto di manutenzione - bensì a un fatto dotato di efficacia causale autonoma, comprensivo del fatto del terzo o del danneggiato, anche se tale fatto esterno non presenta i caratteri della impre-*

34. Gazzoni, op. loc. cit., "Il soggetto che rinuncia è come se rinunziasse a favore dello Stato...".

35. Cassazione civile, sez. III, 26/05/2020, n. 9694.

vedibilità e inevitabilità”.

Il peso finanziario del risarcimento cade, attraverso il meccanismo del regresso di cui all'art. 2055 c.c., sul responsabile esclusivo - nei rapporti interni - del fatto illecito (il proprietario rinunciante, consapevole dell'incedere della causa produttiva del danno al momento della dichiarazione che costituisce lo strumento di “traslazione” della responsabilità aquiliana) in considerazione dell'unicità del fatto costitutivo delle due forme di responsabilità nei confronti dei terzi (quella del privato ai sensi dell'art. 2043 c.c., quella dello Stato proprietario ai sensi dell'art. 2053 c.c.).

Sul versante della responsabilità, l'ordinamento appresta dunque meccanismi finalizzati a trasferire dallo Stato proprietario al rinunciante, seppur nei rapporti interni, il carico risarcitorio derivante dalla concretizzazione, o dalla necessità di prevenzione, del rischio nascente dal modo di essere del bene.

4. Nel delicato temperamento tra esigenze di conservazione dei valori giuridici (nel quale si manifesta la salvaguardia della rinuncia al diritto di proprietà immobiliare, in linea con il riconoscimento costituzionale della autonomia negoziale), e l'utilità sociale, è tutt'altro che irrilevante la (possibilità di) traslazione del peso risarcitorio dallo Stato acquirente a titolo originario al rinunciante.

Questa proprietà transitiva contribuisce a definire l'assetto degli interessi in gioco, ed indica che la massima patologia negoziale potrebbe eccedere - in un numero ragguardevole di situazioni - il fine di prevenire la dispersione di risorse finanziarie pubbliche, dipendente dall'acquisto a titolo originario di un cespite generatore di esborsi: per raggiungere tale scopo soccorre infatti la previsione dell'art. 2055, secondo comma c.c.

D'altro canto, la disciplina della funzione contingibile ed urgente, che nelle sue multiformi configurazioni può porre rimedio a situazioni di degrado del patrimonio edilizio³⁶ o di pericolo per la pubblica e privata incolumità scaturente dalla condizione fatiscente o instabile di immobili, può senza dubbio essere esercitata con riferimento a cespiti di proprietà privata. Indipendentemente dalla imputazione del potere esercitato (al Comune nel caso previsto dall'art. 50 del TUEL; allo Stato, nel caso previsto dall'art. 54 TUEL in relazione al quale il sindaco agisce nella qualità di ufficiale del governo), viene parimenti in rilievo il meccanismo del regresso, la cui cognizione compete al Giudice ordinario³⁷.

Sotto questo ultimo profilo, potrebbero rivelarsi neutri, ai fini della soluzione del problema pratico, gli esiti di un'azione di nullità della rinuncia

36. Consiglio di Stato, sez. V, 23/12/2019, n. 8720.

37. Cassazione civile, sez. un., 10/07/2006, n. 15611.

perché se il bene non è mai fuoriuscito dalla sfera dominicale del privato, la pubblica autorità - nel caso in cui l'incuria del custode (sovente il proprietario) trasmodi in una situazione di pericolo alla quale si debba ovviare in nome di un interesse superiore - sarà comunque tenuta ad assumere iniziative, onerose, trasferendo al privato attraverso il congegno del regresso (e non a scopo sanzionatorio, ma solo ripristinatorio) il peso finanziario dell'intervento, in modo non dissimile da quanto accadrà nel caso in cui la rinuncia sia valida ed efficace, provocando come effetto riflesso l'acquisto automatico, a titolo originario, dello Stato³⁸.

L'indagine del giudice protesa alla verifica della meritevolezza della rinuncia dovrà pertanto irradiarsi in molteplici direzioni, intercettando i parametri costituzionali destinati ad innervare il giudizio sulla causa concreta e graduandoli.

L'indirizzamento del potere discrezionale del decidente scaturirà dalla calibrata applicazione da adeguare alle particolarità del caso singolo dei principi di solidarietà, di salvaguardia dei valori giuridici quest'ultimo strettamente annodato al parametro costituzionale di tutela dell'autonomia privata, posto dall'art. 41 Cost), e del canone che assicura la funzione sociale del diritto di proprietà.

Pietro Referza

38. È opportuno far cenno all'orientamento secondo il quale la mera violazione di norme di correttezza non comporta direttamente, ed almeno sotto il profilo della nullità virtuale del contratto ai sensi dell'articolo 1418 primo comma c.c., l'invalidità dell'atto, dovendosi comunque mantenere distinte le sfere dei giudizi di invalidità e di responsabilità. Sui termini del problema, ed in senso critico, rispetto all'impostazione sintetizzata Vettori, in Trattato del contratto diretto da Vincenzo Roppo, II, Regolamento, Milano 2006 pag. 452.

II
GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

Corte d'Appello di L'Aquila - sentenza 1 luglio 2020, n. 971 – est. De Filippis

Risarcimento danni da intermediazione finanziaria – Presupposti – Comportamenti inappropriati dell'investitore - Applicabilità dell'art. 1227 CC ed esonero della responsabilità della Banca preponente

La banca preponente risponde in solido dei danni causati dal proprio promotore finanziario qualora vi sia un nesso di occasionalità necessaria tra danno ed esecuzione delle attività affidate al promotore, ai sensi dell'art. 31, 3° co. L. n. 58/1998. La responsabilità dell'intermediario va peraltro esclusa, ai sensi dell'art. 1227 c.c., ove l'investitore abbia posto in essere una condotta gravemente colposa, tale da elidere la responsabilità della banca. In particolare, integra la consapevole e fattiva acquiescenza, tale da eliminare la responsabilità in capo all'intermediario finanziario, l'aver versato direttamente al promotore le somme da investire anziché alla banca.(1)

(omissis)

Con atto notificato il *(omissis)* premesso che:

negli ultimi mesi del 2007, con la consulenza di *(omissis)* che conosceva da anni e che era un promotore finanziario di *(omissis)* su suo consiglio, aveva sottoscritto *(omissis)*, investendo € 30.000,00, versati, per € 14.030,00 con due assegni e, per il resto, in contanti;

il *(omissis)* gli aveva assicurato che l'investimento avrebbe dato interessi già nel 2008 e, nel gennaio di quell'anno, si era recato presso l'ufficio del *(omissis)* presso la sede della banca di *(omissis)* per verificare lo stato del suo investimento;

il *(omissis)* gli aveva detto che, con gli interessi maturati, l'investimento ammontava già ad € 42.000,00 e gli aveva consigliato di ritirare la somma di € 7.000,00 e di investire i restanti € 35.000,00 in un nuovo prodotto, il *(omissis)* che gli avrebbe garantito interessi nella misura di € 1.300,00 mensili;

aveva ritirato € 6.900,00 ed investito il resto nel nuovo prodotto consigliatogli;

nel corso del 2008, iniziando “a circolare voci” ed essendo comparsi, poi, articoli di stampa, dai quali si desumeva che diversi risparmiatori si erano ritenuti truffati dal *(omissis)* aveva cercato di mettersi in contatto con quest'

ultimo, senza esito, tanto che il 18 ottobre 2008 aveva proposto querela nei suoi confronti;

si era rivolto anche a Banca (*omissis*) per ottenere la restituzione di quanto investito;

aveva diritto ad essere risarcito dal (*omissis*) che l'aveva truffato, e dalla banca, responsabile, in solido con il suo promotore, per i danni arrecati a terzi, a norma dell'art. 31, 3° co. D.Lgs. n. 58/1998;

citava innanzi al Tribunale di (*omissis*) Banca (*omissis*) S.p.A. e (*omissis*) affinché, accertata la loro responsabilità solidale, fossero condannati al risarcimento danni, quantificati in € 29.908,00, di cui € 23.100,00 costituivano il residuo della somma consegnata al (*omissis*) e non restituita, € 1.808,00 gli interessi maturati alla data della domanda ed € 5.000,00 il danno non patrimoniale subito, oltre ulteriori interessi, dalla data della domanda al saldo, e spese del giudizio.

La banca convenuta si costituiva, opponendosi alla domanda e chiedendone il rigetto.

In subordine, chiedeva di chiamare in causa (*omissis*) che aveva prestato fidejussione in favore del (*omissis*) per essere manlevata da quest'ultimo e dalla (*omissis*) in caso di soccombenza.

In via subordinata, chiedeva che venisse dichiarata la concorrente e preponderante responsabilità dell'attore nella determinazione del lamentato danno.

I chiamati in causa non si costituivano ed erano dichiarati contumaci.

All'esito dell'istruzione, il Tribunale adito, con sentenza n. 1818/2014, pubblicata il 10 dicembre 2014, condannava i convenuti, in solido, a pagare agli attori la somma di € 25.687,20, oltre interessi, in misura legale, dalla data di pubblicazione della sentenza al saldo e a rimborsare all'attore le spese del giudizio, condannando il (*omissis*) e la (*omissis*) questa ultima nei limiti della fidejussione prestata, a tenere indenne la banca da quanto dovuto all'attore in forza della sentenza, condannandoli, altresì, a rimborsare alla banca le spese del giudizio.

Avverso la sentenza, con atto di citazione notificato il 1° giugno 2015 proponeva appello innanzi a questa Corte la banca, chiedendo l'integrale rigetto delle domande proposte dall'attore, con vittoria di spese del doppio grado di giudizio.

In subordine, riproponeva la domanda di garanzia nei confronti del (*omissis*) e della (*omissis*) (che il Tribunale, peraltro, aveva già accolto).

A fondamento dell'appello deduceva che:

1) il Tribunale aveva erroneamente e contraddittoriamente valutato le prove, ritenendo sussistente il nesso di occasionalità necessaria, non essendo

stata data la prova che i pagamenti del (*omissis*) fossero riconducibili all'attività svolta dal (*omissis*) su incarico e nell'interesse della banca;

2) il Tribunale aveva erroneamente ritenuto irrilevanti le dichiarazioni del (*omissis*) ai due ispettori della banca in occasione dell'incontro che aveva avuto con loro il 18 marzo 2008, nel corso del quale aveva dichiarato di trovare corrispondenza tra quanto sottoscritto e il documento, denominato "portafoglio clienti", nel quale, però, non vi era traccia dei pagamenti per cui era causa; aveva anche omesso di considerare che, per la prima operazione, il (*omissis*) aveva garantito un rendimento, per un capitale di € 30.000,00, di € 12.000,00, per soli tre mesi (pari al 160% su base annua) e, per la seconda, a fronte di un capitale investito di € 35.000,00, di € 1.300,00 mensili (pari a circa il 45% su base annua), rendimenti che la banca non avrebbe potuto assicurare e che costituivano prova che il (*omissis*) aveva consegnato il denaro al (*omissis*) nell'ambito di un rapporto strettamente personale con quest'ultimo;

3) il Tribunale aveva errato nel ritenere provato il pagamento, da parte del (*omissis*) in unica soluzione, della somma di € 30.000,00 desumendola, in realtà, da documenti che presentavano anomalie e non era opponibili alla banca; in particolare, l'ordine di acquisto delle stock options non era sottoscritto da un soggetto riferibile alla banca, non riportava codice cliente, numero di conto corrente, codice del deposito titoli, codice ISN del prodotto acquistato, la quantità dei prodotti acquistati e le modalità di pagamento; il pagamento, poi, sarebbe avvenuto in parte in contanti e parte con due assegni intestati al (*omissis*) stesso e incassati da un terzo, senza che il (*omissis*) avesse fornito la prova di aver effettivamente consegnato il denaro e gli assegni al (*omissis*) né ciò poteva desumersi dalla sentenza di patteggiamento, con al quale al (*omissis*) era stata applicata la pena ritenuta congrua per aver truffato il (*omissis*) ateso che la sentenza era inopponibile alla banca, rimasta estranea al processo.

Si costituiva il solo (*omissis*) e chiedeva che l'appello fosse dichiarato inammissibile o rigettato, con vittoria di spese del secondo grado di giudizio.

Precisate le conclusioni, la Corte, decorsi i termini per lo scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, si riservava la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Dichiarata la contumacia del (*omissis*) e della (*omissis*) che non si sono costituiti, nonostante la notificazione dell'atto d'appello, rileva la Corte che l'appello è fondato e deve essere accolto.

Occorre premettere che, in relazione all'attività posta in essere in favore dell'investitore la società preponente risponde in solido dei danni causati dal proprio promotore finanziario qualora vi sia un nesso di occasionalità neces-

saria tra danno ed esecuzione delle attività affidate al promotore, ai sensi dell'art. 31, 3° co. L. n. 58/1998.

Questa responsabilità solidale non viene meno per il fatto che il preposto, abusando dei suoi poteri, abbia agito per finalità estranee a quelle del preponente, ma deve essere esclusa quando la condotta del danneggiato presenti connotati di anomalia, vale a dire, se non di collusione, quanto meno di consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore, palesata da elementi presuntivi, quali il numero o la ripetizione delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, il valore complessivo delle stesse, l'esperienza acquisita nell'investimento di prodotti finanziari, la conoscenza del complesso iter funzionale alla sottoscrizione di programmi di investimento e tenuto conto delle complessive condizioni culturali e socio-economiche dell'investitore (Cass. 22/11/2018, n. 30161; Cass. 12/10/2018, n. 25374).

Alla luce dei principi di cui sopra, la legge sull'intermediazione finanziaria ha fondato la responsabilità dell'intermediario finanziario preponente sul fatto che lo stesso si avvale, per la propria organizzazione aziendale, di promotori che agiscono fuori sede, traendone i benefici ed accettando di sopportarne i rischi, al fine di fornire ai destinatari di tali offerte fuori sede una adeguata garanzia, trattandosi di soggetti la cui buona fede può essere facilmente sorpresa e raggirata.

Ciò premesso, affinché vi sia la responsabilità solidale degli intermediari è sufficiente un rapporto di occasionalità necessaria tra le incombenze affidate dall'intermediario preponente e l'attività svolta dal promotore.

Nel caso di specie tale rapporto di occasionalità necessaria risulta sussistere tenuto conto in particolare che:

- a) entrambi i contratti per cui oggi è causa sono stati sottoscritti utilizzando moduli predisposti unilateralmente dalla Banca (*omissis*);
- b) (*omissis*) era promotore finanziario della Banca (*omissis*).

Sulla base di tali elementi, non controversi, deve ritenersi provata la prova dell'esistenza di un nesso di occasionalità necessaria tra il danno subito dall'appellante e le incombenze a quest'ultimo affidate dalla Banca (*omissis*).

Tuttavia, la responsabilità dell'intermediario va esclusa, così accogliendo l'eccezione sollevata dalla banca convenuta, ai sensi dell'art. 1227 c.c., ritenendo doversi ravvisare che l'investitore abbia posto in essere una condotta gravemente colposa, tale da elidere la responsabilità della (*omissis*).

Infatti, la responsabilità solidale della banca intermediaria viene meno quando, da parte dell'investitore, vi sia un comportamento connotato da elementi che denotano almeno una consapevole acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore.

Nel fattispecie, passata ormai in giudicato la statuizione inerente la responsabilità del promotore finanziario per il danno arrecato all' appellato a causa dell' appropriazione delle somme consegnate al (*omissis*), e da questo non utilizzate per gli investimenti concordati, deve rilevarsi che il (*omissis*) ha prestato consapevole acquiescenza alla reiterata violazione delle norme poste a tutela degli investitori, al fine di eludere le norme previste dal Legislatore nell' interesse della collettività, quali quelle in materia di antiriciclaggio e di contrasto all' evasione fiscale.

In particolare, integra la consapevole e fattiva acquiescenza, tale da eliminare la responsabilità in capo all' intermediario finanziario, l' aver versato al (*omissis*) le somme da investire in parte in contanti ed in parte in due assegni, intestati a se medesimo, e poi girati a terzi, che hanno provveduto ad incassarli, anziché alla Banca (*omissis*), come richiesto ed evidenziato nei moduli di proposta di acquisto dei prodotti finanziari.

A ciò si aggiunga che l' ordine di acquisto delle stock options non riportava codice cliente, numero di conto corrente, codice del deposito titoli, codice ISN del prodotto acquistato, la quantità dei prodotti acquistati e le modalità di pagamento, così confermando la volontà dell' appellato a consentire diverse modalità di versamento delle somme da investire, rispetto a quelle indicate nei moduli sottoscritti, al fine di eludere le norme antiriciclaggio e anti evasione fiscale.

Inoltre, dalla lettura della querela (doc. n. 3 in fascicolo appellato), si deduce la natura altamente speculativa delle operazioni concluse tra il (*omissis*) e il (*omissis*), avendo questi garantito una redditività annua degli investimenti estremamente elevata (del 45% e del 160% annuo), tale da dover necessariamente rendere evidente all' appellato che nessuna banca avrebbe potuto garantirla negli anni 2007-2008.

Le due operazioni apparivano evidentemente irregolari, ma l' appellante, dopo l' esito fruttuoso della prima, ha concluso subito dopo la seconda, dimostrando di volerle consapevolmente porre in essere a fini speculativi.

A ciò si aggiunga che il (*omissis*), sentito, nell' ambito delle verifiche ispettive disposte dalla banca a seguito delle operazioni anomale compiute dal (*omissis*), dagli ispettori (*omissis*) (i quali hanno riferito la circostanza, escussi come testi, confermando la loro relazione ispettiva) ha dichiarato che trovava esatta corrispondenza tra il portafoglio di prodotti, attestante gli investimenti effettivamente conclusi con la banca e nel quale non figuravano le due operazioni per cui è causa, e quanto la lui sottoscritto, così ammettendo che le operazioni per cui è causa non erano riferibili a Banca (*omissis*), nelle cui scritture contabili non trovavano riscontro.

Ne consegue che, in riforma della sentenza impugnata, la domanda proposta dall' appellato nei confronti della banca deve essere integralmente respinta.

(omissis)

NOTA (1)

Sommario: 1) Il fatto; 2) La decisione in appello e la sua motivazione; 3) Rapporti tra l'art. 2049 CC e la norma speciale sulla responsabilità riferibile ai consulenti finanziari; 4) La giurisprudenza specifica in materia; 5) Considerazioni conclusive, un po' (stra)vaganti

1) Il fatto

Un risparmiatore ha consegnato, nel corso del 2007, parte in contanti e parte a mezzo assegni intestati a se medesimo, una somma di danaro di circa 30.000 nelle mani di un consulente finanziario operante per una Banca d'affari, a scopo di investimento

La somma, a detta del consulente, già nel 2008, con gli interessi maturati, ammontava a 42.000 euro; ciò stante il consulente aveva consigliato al cliente di ritirare la somma di euro 7.000 e di investire i restanti 35.000 euro in un nuovo prodotto che gli avrebbe garantito interessi nella misura di euro 1.300 mensili.

Nel corso del 2008, essendo iniziate a circolare voci su truffe subite da altri risparmiatori ad opera dello stesso consulente, e risultando irreperibile il consulente, il nostro provvedeva a sporgere querela ed a chiedere sia al consulente che alla Banca i danni subiti (derivanti dalla sottrazione delle somme di danaro versate), a norma dell'art. 31, 3° del D. Lgs 58/1998 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – TUF), che espressamente recita: “Il soggetto che conferisce l’incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal consulente finanziario abilitato all’offerta fuori sede, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale”.

Citava quindi dinanzi al Tribunale di Pescara sia il consulente che la Banca; detto Tribunale condannava entrambi i convenuti alla restituzione delle somme richieste.

La Banca proponeva appello, ritenendo non sussistere il nesso di “occasionalità necessaria”, non essendo provato che i versamenti intervenuti fossero riconducibili all’attività svolta dal consulente su incarico e nell’interesse della Banca; ed in ogni caso, vi era la concorrente o preponderante responsabilità dell’attore nella determinazione del lamentato danno.

A tal riguardo, la Banca rilevava che già in primo grado era emerso che il cliente, in un incontro con gli ispettori della Banca, aveva dichiarato di trovare rispondenza tra quanto sottoscritto ed il portafoglio clienti, nel quale non vi era traccia dei pagamenti oggetto di causa e che, in ogni caso, la Banca mai avrebbe potuto garantire gli elevatissimi interessi promessi dal consulente, pari a circa il 45% su base annua.

La Banca rilevava anche che non risultava provato il pagamento della somma di Euro 30.000, in quanto desunta da documenti non riferibili alla Banca; per di più, gli assegni erano stati incassati da terzi.

Né poteva avere rilevanza la sentenza penale di patteggiamento a carico del consulente, alla quale la Banca era rimasta estranea.

Il consulente restava contumace nel giudizio di appello.

2) La decisione in appello e la sua motivazione

La Corte di Appello ha riformato la sentenza e respinto la domanda proposta dal cliente nei confronti della Banca.

La Corte ben illustra di come la società preponente debba rispondere dei danni causati dal proprio promotore finanziario, qualora vi sia un nesso di occasionalità necessaria tra danno ed esecuzione della attività affidate al promotore.

A detta della Corte, la responsabilità non viene meno quando il preposto abbia agito per finalità estranea a quella del preponente, ma viene meno quando la condotta del danneggiato presenti elementi di acquiescenza alla violazione delle regole gravanti sul promotore.

Evidenzia La Corte che, affinché vi sia la responsabilità solidale del preponente, è sufficiente un rapporto di occasionalità necessaria tra le incombenze affidate e l'attività svolta dal promotore.

E tale rapporto di occasionalità necessaria, tutto sommato, sussiste; tuttavia è ravvisabile una condotta gravemente colposa dell'investitore, tale da spezzare il nesso di causalità con la Banca proponente.

Infatti, a detta della Corte, integra la consapevole acquiescenza il fatto di aver versato le somme direttamente al promotore parte in contanti e parte a mezzo assegni intestati a sé medesimo, e poi girati a terzi che avevano provveduto ad incassarli, anziché alla banca: a ciò aggiungasi che gli ordini di acquisto erano manchevoli di una serie di dati espressamente richiesti.

3) Rapporti tra l'art. 2049 CC e la norma speciale sulla responsabilità riferibile ai consulenti finanziari

Vi era stata, a suo tempo, ampia discussione in merito alla riconducibili-

tà della norma ex 2049 cc ai solo lavoratori subordinati o anche a situazioni nelle quali vi fosse, nell'ambito di un rapporto giuridico, un potere di direzione o coordinamento o semplicemente fosse riconducibile ad un rapporto di direzione o vigilanza, anche temporaneo e non continuativo.

La norma che ci riguarda ha evidentemente inteso superare ogni questione al riguardo ed ha espressamente esteso ai mandanti finanche la responsabilità penale de consulenti (si ricorda e ripete, per maggior chiarezza e comodità il contenuto della norma: "Il soggetto che conferisce l'incarico è responsabile in solido dei danni arrecati a terzi dal consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale."

Parrebbe quindi che il legislatore, in maniera assai tranciante, vista anche la delicatezza della materia, abbia rimesso al committente ogni responsabilità, anche di ordine penale, adottando ed ampliando gli effetti del c.d. nesso di "occasionalità necessaria" che nasce in materia di responsabilità dei padroni e committenti (2049 C.C.).

Già in ambito codicistico si era affermato, in dottrina, che la responsabilità presuppone una relazione di natura causale tra l'attribuzione delle incombenze e il danno causato dal sottoposto; quindi, in base all'interpretazione data alla norma, erano ricompresi anche i danni non direttamente connessi alle incombenze affidate, ma da queste agevolati.

In particolare, (Alpa e Bessone, I Fatti illeciti, in Trattato Rescigno, vol. 14, pag. 328, ed. 1982) viene affermato che "occorre che sussista tra il fatto illecito posto in essere e le mansioni espletate un rapporto di causalità o quanto meno di occasionalità necessaria, nel senso che la incombenza abbia determinato una situazione tale da rendere possibile o quanto meno agevolare la commissione del fatto illecito"

E la coeva giurisprudenza (ex multis, Cass. 5611/1980, 2548/1976) afferma che non è necessario un nesso di causalità tra mansioni ed evento, bastando un semplice rapporto di occasionalità necessaria, "nel senso che le incombenze o mansioni ... abbiano reso possibile, o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno, mentre rimane irrilevante ... che tale comportamento si ponga al di là dei limiti di quelle incombenze o mansioni" (Cass 80/1963).

E la giurisprudenza ha anche avuto modo di precisare che la responsabilità sussista anche in caso di dolo del preposto, a condizioni che questi abbia agito nell'ambito delle mansioni affidategli (Cass. 2027/1967).

La giurisprudenza ha invece negato l'esistenza del nesso per quanto attiene il contratto di appalto, stante l'autonomia dell'appaltatore, salvo il caso

che “la responsabilità verso terzi ... possa estendersi solidalmente al committente, ove il fatto lesivo sia ricollegabile anche a condotta antiggiuridica, positiva o negativa, del committente medesimo” (Cass. 4248/1977).

Alla luce di questo sintetico quadro appare evidente lo scopo della norma speciale, che ha fugato ogni dubbio in ordine alle responsabilità del promotore finanziario, che è pur sempre un soggetto che agisce nella propria autonomia professionale, ed al di fuori dei locali del committente, rendendo così stringente, ai fini delle responsabilità, il rapporto tra committente e promotore.

4) La giurisprudenza specifica in materia

Mentre, come noto, la normativa codicistica si è andata inizialmente delineando quale presunzione di colpa relativa all’attribuzione delle incombenze (culpa in vigilando e culpa in eligendo) e successivamente come responsabilità oggettiva (per una disamina si richiama ancora Alpa e Bessone, I fatti illeciti, in Trattato Rescigno, vol 14.), sempre legata al nesso di “occasione necessaria”, nella materia specifica che ci riguarda la giurisprudenza ha dovuto, in un certo senso, percorrere il percorso inverso, andando da un lato a confermare la norma specialistica e, dall’altro, a delineare i “momenti” nei quali potesse ritenersi inesistente il suddetto nesso.

Infatti vi sono casi in cui appare “lapalissiana” l’esistenza del nesso: ad esempio, Cass. 20 marzo 1999 n. 2574 si esprime per la sussistenza del nesso in una ipotesi in cui le apprensioni di danaro in danno dei clienti erano la conseguenza di operazioni effettuate nei locali della Banca, in cui i depositanti avevano trattato con il Direttore, consegnandogli assegni circolari ed ottenendo ricevute redatte su moduli dell’ufficio di credito; ed ancora, Cass. 12 marzo 2008 n.6632 ravvisa la responsabilità della Banca per una ipotesi in cui il funzionario aveva prelevato indebitamente somme di danaro da conti correnti di terzi, accreditandole sul conto corrente di clienti per conto dei quali lo stesso funzionario aveva gestito una fruttuosa operazione finanziaria.

Ed in materia più strettamente pertinente, il Tribunale di Trento, con pronuncia del 3 agosto 2010, ha ravvisato la responsabilità della Banca in una ipotesi in cui il promotore aveva falsificato la firma del cliente su alcuni moduli di disinvestimento, poi prodotti presso l’intermediario al fine di appropriarsi mediante bonifico del relativo controvalore di disinvestimento.

Quindi, in linea di principio, la Giurisprudenza è ferma nel riconoscere la responsabilità del committente quando le condotte del promotore siano riferibili all’esercizio delle proprie mansioni, e contemplino l’utilizzo degli strumenti forniti dall’intermediario.

E, sulla stessa linea, il Tribunale di Salerno (2 luglio 2014) afferma che la responsabilità sussiste non solo quando il promotore sia venuto meno ai propri doveri nell'offerta dei prodotti finanziari ordinariamente negoziati dalla società proponente, ma anche nei casi in cui il suo comportamento rientri nel quadro delle attività funzionali all'esercizio delle incombenze affidategli.

E, per converso, il Tribunale di Milano (sentenza 7186/07), in un caso analogo al nostro, ha negato la responsabilità qualora vi siano state dazioni di danaro poste in essere in totale assenza di modulistica riconducibile alla Banca. Il caso si riferisce alla consegna di un assegno ad un promotore, per la quale mancano prove atte a dimostrare che l'emissione dell'assegno e la sua consegna siano necessariamente riferibili all'esercizio dell'attività di promotore finanziario e diretta all'acquisto di titoli. Manca quindi la prova che il promotore abbia agito come tale, e non semplicemente per perpetrare una truffa

*Quindi, in quest'ultimo caso, viene negata l'esistenza del nesso di occasionalità necessaria tra l'esercizio delle incombenze affidate dal proponente ed i danni cagionati dal preposto, con la conseguenza di escludere la responsabilità allorchè i danni siano conseguenza di una azione diretta al conseguimento di finalità proprie del promotore, cui il proponente non sia minimamente interessato. E, sulla stessa linea, altra sentenza del Tribunale di Milano (3497/07) afferma che "certamente è del tutto coerente con la diligenza mediamente esigibile anche dal *quisque de populo* avere, a fronte della consegna di danaro, almeno le ricevute di c.d. presa in carico da parte dell'istituto per il tramite del promotore"; e tanto basta, secondo il Tribunale, a spezzare "quel nesso di occasionalità necessaria che, solo, può implicare una responsabilità a carico dell'Istituto bancario".*

La Suprema Corte (Cass. Civ. sez. I, 7 aprile 2006 n. 8229) ha statuito che "non si intende con ciò negare, in assoluto, che possa trovare spazio l'applicazione dell'art 1227 (comma 1 o 2 a seconda dei casi) qualora l'intermediario provi che vi sia stata, se non addirittura collusione, quanto meno una consapevole e fattiva acquiescenza del cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest'ultimo gravanti. Al dovere di tutela reciproca dei contraenti, insito nel principio generale di buona fede, anche il cliente dell'intermediario è per converso tenuto."

Ed in un caso ancor più specifico (Cass sez. III, Sent. 11 giugno 2009 n. 13529), la Suprema Corte ha riconosciuto, nella causazione dell'evento, la corresponsabilità dell'investitore, che aveva versato, all'atto di un disinvestimento, le somme di sua pertinenza sul conto personale del promotore. In linea, si segnala anche App. Napoli, sez. III, 19 maggio 2006, nella quale si

riconosce un concorso di colpa del danneggiato che abbia versato le somme in contanti nelle mani del promotore.

La giurisprudenza di merito ha recepito, ancor più chiaramente, tali principi, statuendo che “possa trovare spazio l’applicazione dell’art. 1227 CC, per la riduzione dell’ammontare del danno o per l’interruzione tout court del nesso di causalità, allorchè, però, l’intermediario provi che vi sia stata collusione, vale a dire “una consapevole e fattiva acquiescenza del cliente alla violazione, da parte del promotore, di regole di condotta su quest’ultimo gravanti” (Cass. 7.4.2006 n. 8229) ovvero “una grave negligenza del risparmiatore a fronte di una contemporanea abile ed imprevedibile condotta del promotore volta ad eludere un’efficace rete di controlli predisposta e perseguita diligentemente dall’istituto” (Trib. Novara, 8 aprile 2010).

Del resto, occorre pensare che il nesso di occasionalità necessaria possa sussistere solo ove siano dimostrate circostanze di fatto (ad esempio, l’utilizzo della modulistica della Banca o la spendita del suo nome) atte ad ingenerare nel cliente un legittimo affidamento sulla riconducibilità della condotta del promotore alla banca.

Quindi, andrebbe escluso il nesso di occasionalità quando il cliente abbia avuto consapevolezza dell’illiceità della condotta del promotore o comunque la condotta del cliente presenti delle anomalie tali da escludere l’affidamento meritevole di tutela, ed anzi faccia pensare che vi sia stata fattiva acquiescenza alla violazione delle regole poste a protezione del cliente. Le anomalie, infatti, fanno venir meno la presunzione del legittimo affidamento incolpevole, che costituisce il fondamento del c.d. nesso di occasionalità necessaria.

E nel caso che si esamina sembrano ricorrere tutti requisiti per l’applicabilità del 1227 CC, in quanto vi è stata collusione con il promotore infedele o quanto meno acquiescenza alla violazione delle regole, assenza di qualsiasi forma di prudenza e vigilanza, affidamento incondizionato al consulente, con il quale occorre avere un rapporto professionale.

Da ultimo si segnala una recentissima sentenza della Suprema Corte (Cass, Sez. III, 17 gennaio 2020 n. 857), nella quale è stato stabilito (da massima ufficiale) che la condotta del terzo investitore può far venire meno la responsabilità della società proponente qualora sia chiaramente percepibile che il preposto, abusando dei suoi poteri, agisca per finalità estranee a quelle del preponente, ovvero sia consapevolmente coinvolto nell’elusione della disciplina legale da parte dell’intermediario od abbia prestato acquiescenza all’irregolare agire dello stesso, palesata da una serie di elementi presuntivi quali, ad esempio, numero e modalità delle operazioni poste in essere con modalità irregolari, la conoscenza del complesso iter funzionale diretto alla

sottoscrizione dei programmi di investimento e le sue condizioni culturali e socio economiche.

5) Considerazioni conclusive, un po' (stra)vaganti.

Siano permesse alcune divagazioni personali

La sentenza sicuramente lascia un po' l' "amaro in bocca", nel senso che appare riconosciuta l'esistenza del nesso di occasionalità necessaria e, ciò nonostante, è stata respinta la domanda dell'investitore.

Occorre pensare che a volte i promotori finanziari, per propria natura, interesse al raggiungimento degli obiettivi assegnati o – purtroppo in casi limite, come il nostro - per illeciti interessi personali, spingono verso soluzioni "azzardate" e promettono risultati poi non mantenuti, a fronte di rischi che il cliente non sempre riesce ad identificare correttamente, finendo, finanche, come abbiamo visto, col fidarsi ciecamente del promotore e col consegnare somme di danaro, senza neanche pretendere una rituale ricevuta.

Ma non sempre è facile per il cliente discernere la posizione della Banca da quella del promotore, in quanto il rapporto di fiducia spesso si instaura sia nei confronti dell'istituto bancario, che nei confronti del promotore, che è la persona che conosce uno dei "segreti" del suo cliente stesso, ossia l'ammontare dei risparmi, ed al quale è inevitabile concedere fiducia, anche perché il cliente si trova ad operare in un mondo, quello finanziario, che fornisce molte garanzie formali ma che (purtroppo) resta a volte un soggetto sconosciuto.

E può facilmente crearsi un clima di "complicità" tra consulente e cliente, e da qui la normativa assai stringente sulla intermediazione finanziaria

E probabilmente (anche se non conosco la sentenza) il Giudice di prime cure, oltre ad aver applicato strettamente la richiamata norma in materia di intermediazione finanziaria, avrà presumibilmente tenuto conto anche di tali aspetti concreti, e comunque della sussistenza di un nesso di occasionalità necessaria; del resto il promotore finanziario ingenera fiducia facendo leva non solo sulla sua figura professionale ma anche sulla qualità del soggetto preponente, e a volte utilizza quest'ultima a proprio vantaggio; e la pluralità dei casi sopra segnalati in giurisprudenza, e dei conseguenti casi sommersi che è dato di ipotizzare, dimostrano che il problema esiste ed ha una certa rilevanza sociale.

Resta però fermo il fatto che, nel nostro caso, il comportamento dell'investitore ha realmente violato qualsiasi norma, anche più elementare, di prudenza, tale da spezzare, almeno in parte, il c.d. nesso di occasionalità necessaria.

Sotto tale profilo, la sentenza di che trattasi è sicuramente interessante, nel senso che (ad avviso dello scrivente, correttamente) non nega il nesso di

occasionalità necessaria, in quanto il promotore ha effettivamente utilizzato la sua posizione per travalicare i propri compiti istituzionali, ma fonda la propria decisione su una eccezione (ex art. 1227 CC) diretta ad evidenziare le responsabilità del danneggiato, in effetti particolarmente pesanti (si pensi anche al comportamento tenuto successivamente con gli Ispettori della Banca).

Del resto, probabilmente la volontà del legislatore è quella di estendere il quanto più possibile la responsabilità del promotore finanziario e del suo committente, ma la Giurisprudenza si è trovata a doverla limitare ove il comportamento del danneggiato sia effettivamente stato palesemente imprudente, e tale da “uscire” dalle ragioni della copertura prevista a suo favore.

Ed i ricordi universitari riportano alle prime lezioni di diritto privato, probabilmente in materia di vizi del consenso (ma poco conta, l'importante è il principio generale enunciato), nelle quale un Professore (poi assunto ai vertici della Giurisprudenza costituzionale) evidenziava che il legislatore non poteva certo tutelare il soggetto che aveva stipulato un contratto dietro la mera vanteria su qualità palesemente inesistenti del bene compravenduto.

Ovvero, il legislatore deve tutelare il rispetto delle regole ed il soggetto accorto, ma non certo può tutelare (almeno per il profilo civilistico che ci riguarda) la mera credulità, in quanto ognuno deve in qualche misura adottare delle difese “minime” a tutela dei propri interessi.

E quindi, al di là degli aspetti tecnici, (e del rammarico per la mancata applicazione della norma posta a favore dell'investitore) in questo caso non si può fare a meno di ritornare alle basi del diritto, ed alle situazioni pratiche che esso deve gestire.

E sia consentita, andando ancor più all'origine delle cose, di ricordare, quale citazione letteraria, qualcosa che tutti conosciamo dall'infanzia: Pinocchio che pianta i suoi zecchini d'oro nel campo dei miracoli, nella speranza di vederli moltiplicati.

Ma, intendiamoci, con questo non si vuole assolutamente stigmatizzare il protagonista della vicenda; è da ritenere, piuttosto, che ognuno, in alcuni momenti della vita, può essere coinvolto in situazioni di tal fatta.

E probabilmente da questo caso, al di là degli aspetti tecnico-giuridici sopra evidenziati, vi è forse da riflettere anche sulla vulnerabilità e debolezza che chiunque in talune occasioni può assumere. Ed è, tutto sommato, impressionante la serie di sentenze sul tema, nel quale vi è stato un comportamento gravemente scorretto del promotore, ed una assenza di qualsiasi cautela da parte dei clienti.

Giuseppe Malcangi

Corte di Appello di L'Aquila, sentenza del 11 marzo 2020, Est. Silvia Fabrizio
– D.S.G. + 3 c/ Fall.to L. G. s.n.c. & Soci

**Concordato preventivo – Piano concordatario in continuità indiretta -
Contratto di affitto di azienda con patto di futura vendita – Apertura pro-
cedura competitiva ex art. 163 bis L.F. – Omessa modifica della proposta
di acquisto - Inefficacia – Sussiste**

*La proposta di acquisto di azienda contenuta nel piano concordatario di-
viene irrevocabile solo nel momento in cui modificata in conformità a quanto
previsto dal tribunale nel decreto che dispone l'apertura del procedimento
competitivo, ex art. 163 bis L.F., in maniera tale da garantirne la compara-
bilità con le offerte concorrenti; dall'omessa modifica deriva la inefficacia
della proposta e, mancando le condizioni prescritte per l'ammissibilità del
concordato, l'adozione da parte del tribunale del provvedimento di revoca ex
art. 173 L.F.(1)*

(omissis)

Con ricorso depositato il 13.02.2019, D.S.G., in proprio e quale legale
rappresentante della L.G. s.n.c. e relativi Soci, ha proposto reclamo ex art.
18 L.F. avverso la sentenza resa dal Tribunale di Pescara a mezzo della quale
dichiarato il fallimento della Società e relativi soci all'esito della intervenuta
revoca del provvedimento di ammissione alla procedura di concordato pre-
ventivo, pendenti plurime istanze di fallimento.

(omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

(omissis)

La società dichiarata fallita ha proposto reclamo, a mezzo del suo legale
rappresentante, unitamente ai soci, con il quale ha chiesto la revoca della di-
chiarazione di fallimento, che ha censurato per:

1. violazione e falsa applicazione dell'art. 163 bis LF *(omissis)*;
2. illegittimità del provvedimento di revoca del concordato preventivo ex
art. 173 LF *(omissis)*;
3. Errore e falsa valutazione dei dati contabili aziendali *(omissis)*

Nessuno si è costituito per il fallimento e per i creditori istanti, ritualmen-
te citati.

Ritiene questa Corte che il reclamo non meriti accoglimento.

È infondato, in particolare, il primo motivo con cui la società e i soci

reclamanti denunciano la violazione e falsa applicazione dell'art. 163 *bis* L.F. propugnando un'interpretazione della norma del tutto avulsa dal tenore della stessa e dalla sua stessa ratio, arrivando a sostenere che, ove non vi siano offerte ulteriori rispetto a quella del debitore, non vi sia alcuna concorrenza da tutelare con la conseguente totale libertà del debitore di contrattare con chi vuole e come vuole, salvo assoggettare le sue scelte al vaglio dei creditori. Si tratta di una interpretazione che va oltre la lettera della legge sol che si consideri che nella seconda parte del primo comma si prevede espressamente che “le disposizioni del presente articolo (quindi tutto l'articolo) si applicano anche quando il debitore abbia stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni”, caso che ricorre nello specifico, posto che il debitore istante si era proposto di reperire le risorse necessarie all'attuazione della procedura concordataria proprio con la vendita dell'azienda, in relazione alla quale la società L. srl aveva formulato proposta irrevocabile di acquisto ai sensi – si badi – dell'art. 163 *bis* L.F. e stigmatizzata dal Tribunale, in quanto evidentemente incompatibile con la procedura competitiva sotto ben tre profili. Benché il Tribunale avesse analiticamente individuato le correzioni necessarie per rendere la proposta della L. competitiva, questa non si è adeguata a nessuna di esse, e nonostante questo parte reclamante pretende che dovesse procedersi oltre e lasciare ai creditori l'ultima parola propugnando una deroga a quello che riconosce essere un principio generale e che non è avallata da alcuna disposizione di legge. Ed inverò, dal momento che l'art. 163 *bis* enuncia il principio generale secondo cui allorché il piano di concordato comprenda un'offerta da parte di un determinato soggetto avente ad oggetto il trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa a titolo oneroso il Tribunale debba disporre l'apertura di una procedura competitiva e che la seconda parte del primo comma prevede che l'articolo si applichi anche al contratto eventualmente già stipulato dal debitore che abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, non si vede come possa questi sottrarsi alle indicazioni del Tribunale, emesse proprio in ossequio alla norma. In ogni caso, solo la prima delle tre correzioni-adequamenti richiesti era motivata dalla necessità del rispetto dell'art. 163 *bis*, ossia l'eliminazione di condizioni temporali (nello specifico l'impegno della LIB all'acquisto entro la scadenza del periodo di locazione, 7.4.2020), che avrebbe evidentemente inficiato la comparabilità delle offerte, dovendosi qui sottolineare come il secondo comma preveda espressamente l'inefficacia “in ogni caso” delle offerte se sottoposte a condizione o comunque non conformi a quanto previsto nel decreto; le altre due correzioni, per contro, nulla avevano a che vedere con la norma in esame, posto che la richiesta di elimina-

re qualsiasi riferimento ai pagamenti eventualmente effettuati dall'affittuaria per TFR maturato antecedentemente alla presa in carico dei dipendenti per effetto dell'affitto d'azienda è giustificata dalla circostanza che "il pagamento di tali crediti e la detrazione dei corrispondenti importi dal corrispettivo della cessione comporterebbe la violazione dell'ordine legittimo delle cause di prelazione nella misura in cui si tratti di debiti concorsuali", sicché si tutela la "*par condicio creditoris*".

Ratio ancora diversa ha il terzo correttivo, con il quale il Tribunale ha chiesto all'azienda proponente di eliminare qualsiasi riferimento alla detrazione dal prezzo di acquisto dei canoni di locazione già versati per le mensilità antecedenti all'aggiudicazione della cessione dell'azienda, "previsione che, come evidenziato anche nel piano concordatario, comporterebbe una inammissibile anticipazione degli effetti della cessione rispetto alla reale data di aggiudicazione.". Sul mancato adeguamento da parte della L. anche ai due ultimi punti la parte reclamante non spende una parola, limitandosi contraddittoriamente a sostenere, solo quanto al primo punto, che non si applicherebbe quello che è il principio generale enunciato dall'art. 163 bis L.F.

Per i motivi sopra esposti è infondato, ovviamente, anche il secondo motivo di reclamo, con cui si denuncia l'illegittimità del provvedimento di revoca del concordato preventivo ex art. 173 L.F. in quanto basato sulla ridetta erronea interpretazione, essendo comunque venute meno le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, nell'ambito del quale l'esperimento e il buon esito della procedura competitiva era essenziale.

Generico e infondato si appalesa anche il terzo motivo di reclamo, con cui si denunciano l'erronea valutazione dei dati contabili aziendali e l'arbitrarietà della diminuzione dell'attivo da € 3.453.801,10 di cui alla proposta, ad € 2.358.238,10, che ha comportato di fatto l'azzeramento della percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, in proposta prevista nella misura del 34,02%.

Non a caso, la valutazione dell'attivo è stata rettificata dal Commissario Giudiziale tenendo conto della effettiva condizione dei beni immobili, all'esito di CTU che ha tenuto conto delle prospettive di concreta liquidazione degli stessi in base all'allocazione, allo stato conservativo, dimensioni e destinazione, mentre quanto ai beni mobili era stato comunque indicato e seguito il metodo sintetico-comparativo basato su indagini effettuate su beni mobili analoghi. La pur lamentata svalutazione dei crediti rivenienti da azioni giudiziarie, infine, non è stata adeguatamente sostenuta, stante il generico riferimento a non meglio specificate sentenze favorevoli emesse in primo grado, delle quali si sconosce il contenuto, mentre è legittimo che il Commissario Giudiziale si

sia discostato da quanto sostenuto da consulenti di parte, stante l'assenza, rilevata anche nel carteggio intercorso e prodotto in atti (doc. 9) di dati numerici relativi ad eventuali crediti, neppure indicati nelle generiche consulenze di parte prodotte (doc. 10).

Non vi è del resto e, significativamente, alcuna contestazione in merito allo stato di insolvenza.

Il reclamo va quindi rigettato.

(omissis)

NOTA (1) - Concordato preventivo – Proposta di acquisto di azienda ed apertura della procedura competitiva ex art. 163 bis L.F.

Sommario: 1. Le offerte concorrenti e l'apertura di un procedimento competitivo ex art. 163 bis L.F.; 2. I requisiti (soggettivo e oggettivo); 3. La disciplina del procedimento; 4. La posizione del primo offerente; 5. La cessione o l'affitto d'azienda; 6. La revoca dell'ammissione al concordato e la dichiarazione di fallimento nel corso della procedura ai sensi dell'art. 173 L.F.

1. Con la sentenza in rassegna la Corte di Appello di L'Aquila svolge una attenta disamina dei motivi di reclamo svolti dalla debitrice, in relazione al precetto normativo di cui all'art. 163 bis LF. ed alla procedura competitiva aperta dal Tribunale; all'esito, un richiamo ai presupposti di fatto che hanno determinato l'adozione del provvedimento di revoca previsto dall'articolo 173 L.F., ultimo comma, perché "venute meno le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, nell'ambito del quale l'esperimento ed il buon esito della procedura competitiva era essenziale" attesa altresì la rettifica dei dati contabili ed attivo concordatario che ha comportato di fatto l'azzeramento della percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari, in proposta prevista nella misura del 34,02%.

Come precisato in epigrafe, la debitrice, in epoca antecedente la proposizione la domanda di concordato, ha stipulato un contratto di affitto di azienda con patto di futura vendita nell'ambito del quale, tra le altre, fissate dai contraenti talune clausole che il Tribunale, all'esito dell'apertura della procedura competitiva, ha ritenuto impeditive la comparabilità dello stesso con le ulteriori ed eventuali offerte di acquisto provenienti da terzi.

Da qui, l'obbligo di modifica imposto al terzo contraente, L. s.r.l., subordinatamente alla quale la proposta sarebbe divenuta irrevocabile, ex art. 163 bis, 3° comma, L.F.

Dall'inadempimento del terzo, il Tribunale prima la Corte poi ne ha fatto derivare la inefficacia della proposta di acquisto e, venute meno le condizioni di ammissibilità del concordato, l'apertura della procedura ex art. 173 L.F. cui ha fatto seguito la revoca del decreto di ammissione al concordato e, in pendenza di plurime istanze di fallimento, la declaratoria di fallimento della L.G. s.n.c. e relativi Soci.

Orbene, l'art. 163 bis L.F. (rubricato "Offerte concorrenti") è stato introdotto dal D.L. 27 giugno 2015 n. 83 quale importante correttivo in materia di atti dismissivi compiuti in costanza di concordato preventivo.

La ratio dell'intervento normativo, dichiarata dallo stesso legislatore nella relazione d'accompagnamento al disegno di legge di conversione, è duplice:

- *massimizzare la prospettiva di recovery dei creditori concordatari;*
- *garantire ai creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore.*

Nella prassi ante riforma, il piano concordatario sul quale il debitore fondava la domanda di concordato (cfr. lett. e dell'art. 161 L.F.) e in forza del quale il Tribunale valutava l'ammissibilità di quest'ultima (cfr. art. 163 L.F.), e sulla cui approvazione l'adunanza dei creditori era chiamata a votare (cfr. art. 177 L.F.) – non di rado, prevedeva la cessione dell'azienda, di uno o più rami d'azienda oppure di beni di rilevante valore (ad esempio, immobili) a terzi già individuati, nell'ambito di "pacchetti preconfezionati d'offerta", definiti, nel gergo, anche "concordati chiusi" cui, sovente, derivava una compressione dell'interesse dei creditori concordatari e loro prospettiva di soddisfacimento, a vantaggio del debitore proponente (si pensi, soprattutto, all'ipotesi di acquisto d'azienda o di ramo d'azienda da parte di soggetto riconducibile al debitore proponente). Prassi che imponeva ai creditori di doversi necessariamente esprimere per l'approvazione o per il rifiuto in blocco del piano concordatario contenente l'accordo raggiunto tra l'imprenditore (debitore proponente) e il terzo.

È in questo contesto che si colloca l'art. 163 bis L.F., col quale il legislatore ha posto fine al fenomeno delle "proposte vincolate" ed esteso il perimetro di operatività di due principi cardine di efficienza satisfattiva della pretesa creditoria:

- *l'obbligo di pubblicizzazione dell'offerta d'acquisto pervenuta al debitore;*
- *l'obbligo di competitività in qualsiasi fase della procedura concordataria, ivi compresa quella anteriore all'omologazione (cd. "fase ante-omologa" e quella anteriore al deposito del piano di concordato (cd. "fase pre-concordataria").*

Se da un lato, dunque, il fine perseguito dal Legislatore con l'introduzione di detta norma è stata la tutela degli interessi creditori, ponendo fine al fenomeno delle proposte vincolate, troppo spesso strumentali al ritorno dei beni aziendali nella sfera degli stessi debitori proponenti il concordato; dall'altro l'effetto è stato quello di limitare notevolmente la negoziabilità del concordato preventivo allorché il debitore, che nell'istituto risultante dalle modifiche del 2005 e del 2006 poteva agire nella più assoluta discrezionalità in conformità al principio dispositivo dei contratti, vede una compressione della capacità dispositiva del proprio patrimonio, in una sorta di "spossessamento attenuato".

Nella sua originaria formulazione, invero, l'art. 163-bis L.F. prevedeva la procedura competitiva come eventuale, attribuendo al Commissario il compito di valutare la congruità dell'offerta contenuta nel piano, e, nel caso in cui ritenesse che questa potesse non corrispondere al miglior interesse dei creditori, di richiedere all'autorità giudiziaria, con istanza motivata, di aprire un procedimento competitivo. Il tribunale, sentito il Commissario, doveva decidere sull'istanza "ovvero disporre d'ufficio l'apertura di un procedimento competitivo, tenuto conto del valore dell'azienda o del bene, nonché della probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori".

La legge di conversione 9 agosto 2015, n. 132, modificando questa impostazione, ha semplificato la fase preliminare, demandando al solo tribunale il potere di iniziativa ma spogliandolo, al contempo, di qualsiasi discrezionalità allorché fissato l'obbligo per lo stesso di aprire la procedura competitiva di cui all'art. 163-bis l.f. in tutti i casi in cui il piano comprenda una offerta da parte di un soggetto già individuato, e ciò a prescindere dal valore dell'azienda o del bene (che potrebbe essere anche modesto) e dalla valutazione del miglior interesse dei creditori, magari già perseguito dall'offerta contenuta nel piano nel caso di valore congruo o superiore rispetto a quello attribuibile al bene.

A parere di chi scrive, ne deriva una scelta non pienamente "felice" da parte del Legislatore, seppur svolta nel lodevole intento di assicurare ai creditori la massima recovery; l'originaria formulazione della norma meglio contemperava gli interessi delle parti, quello del debitore a vedere attuata la sua proposta così come dal medesimo "confezionata" e quello dei creditori ad ottenere il massimo realizzo in termini monetari del bene oggetto di cessione. Tutelava l'esigenza di speditezza del procedimento, in ottemperanza al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, limitando lo svolgimento di una procedura competitiva ai soli casi in cui ciò fosse giustificato dal valore dell'azienda, dalla natura del bene da liquidare o dalla

probabilità di conseguire una migliore soddisfazione dei creditori (criterio quest'ultimo di portata generale nella procedura di concordato preventivo, ed espressamente richiamato in svariate norme: artt. 182-quinquies co. 1 e 5, 186-bis co. 2 lett. b) L.F.)

Si consideri come l'obbligo di attuare la procedura competitiva prima dell'adunanza dei creditori (scelta dettata dall'esigenza di fare in modo che questi ultimi votino sulla proposta definitiva risultante dalla competizione) possa dilatare notevolmente i tempi del procedimento e come l'indiscriminata estensione della sua obbligatorietà potrebbe rappresentare un disincentivo per gli investitori a causa delle incertezze circa gli esiti e la tempistica della procedura, non sempre compatibili con le esigenze aziendali, specie per le aziende minori che costituiscono la maggioranza del tessuto imprenditoriale italiano; l'aver, poi, previsto che il trasferimento di qualunque bene, anche di modesto valore, debba essere soggetto all'ambito di applicazione dell'articolo 163-bis potrebbe ostacolare la liquidazione di assets per generare liquidità vitale per un'azienda in difficoltà e sottoposta a procedura concorsuale.

All'esito della intervenuta riforma non esiste, dunque, alcuna possibilità per l'imprenditore e il terzo (e, si aggiunge, per il tribunale) di evitare la procedura competitiva anche quando questa non sia compatibile con l'interesse dei creditori, a meno che si ritenga che la procedura competitiva non si applichi al caso in cui il trasferimento avvenga a seguito di un negozio concluso successivamente al deposito del ricorso per concordato preventivo e non previsto nel piano.

L'ambito di applicazione dell'articolo 163-bis sarebbe infatti limitato ai trasferimenti contenuti nel piano di concordato talché basterebbe escludere da quest'ultimo l'atto dispositivo (evidentemente successivo al piano stesso) perché la procedura competitiva non diventi più obbligatoria. Soluzione questa da vagliarsi attentamente perché non diventi un semplice escamotage solo finalizzato ad evitare il precetto dell'articolo 163-bis. È improbabile, tuttavia che la cessione di un ramo d'azienda o addirittura dell'intera azienda non sia compresa nel piano mentre potrebbero non esserlo singoli beni, soprattutto di valore non significativo. Lo stesso giudice delegato, inoltre, si assumerebbe la responsabilità di autorizzare la vendita di un bene rilevante ai sensi dell'articolo 167 della Legge Fallimentare disapplicando l'articolo 163-bis che, peraltro, attribuisce la competenza al tribunale.

Probabilmente, la soluzione più ragionevole è che, per i soli atti di trasferimento di beni di modesto valore (e un indizio della loro irrilevanza sarebbe proprio la circostanza che non siano previsti nel piano), il giudice delegato possa autorizzare - sulla base di una valutazione circa la convenienza per i

creditori e l'incompatibilità dei tempi e costi della procedura competitiva - la disposizione del bene ai sensi dell'articolo 167 L.F. senza ricorrere alla procedura competitiva. Peraltro, ai sensi dell'ultimo comma di tale norma, il giudice delegato potrebbe anche stabilire un limite di valore dei beni al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione.

2. I commi 1 e 7 dell'art. 163 bis L.F. consentono di tracciare il perimetro applicativo della disciplina delle offerte concorrenti e della relativa procedura competitiva.

Il primo requisito richiesto dalla disposizione oggetto d'analisi ha natura soggettiva: la norma speciale delle offerte concorrenti si applica quando l'offerta provenga da un soggetto già individuato non rilevando, allo scopo, l'offerta per persona da nominare.

Il secondo requisito ha una natura oggettiva così prevedendo l'applicabilità della norma quando:

- l'imprenditore proponente comprende nel piano concordatario un'offerta, formulata a titolo oneroso e proveniente da un soggetto determinato, che abbia ad oggetto il trasferimento dell'azienda, di uno più rami d'azienda, di un immobile o di specifici beni, anche prima dell'omologazione;*
- l'imprenditore proponente comprende nel piano concordatario un contratto preliminare aventi ad oggetto il futuro trasferimento di azienda, di ramo d'azienda o di specifici beni;*
- l'imprenditore proponente comprende nel piano concordatario un affitto d'azienda o di ramo d'azienda;*
- ricorre una delle ipotesi previste dall'art. 161, comma 7, L.F., ossia quando vi siano atti urgenti e di straordinaria amministrazione da autorizzare in fase preconcordataria (la quale, come già evidenziato, va dal deposito della domanda di concordato al decreto di ammissione del concordato), tendenzialmente riconducibili ad atti dismissivi indifferibili per ragioni di opportunità.*

Con riferimento ai requisiti di cui innanzi, occorre precisare che il termine "offerta", nella normale dizione giuridica, è ampio e deve distinguersi da quello di "contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni", ipotesi quest'ultima espressamente prevista come distinta dalla prima.

Da qui sembrerebbe che l'offerta possa non essersi ancora trasfusa in un contratto vincolante per entrambe le parti, e che, quindi, anche quella che non impegni il debitore rientri nel perimetro applicativo della norma. Sul punto, non mancano spunti logici e sistematici che attribuiscono al termi-

ne “offerta” un significato più restrittivo così da ritenere che la sola offerta suscettibile di provocare la procedura di cui all’art. 163-bis sia quella fatta propria dal debitore attraverso l’inserimento nel piano e conformata in modo da impegnare il debitore in concordato a darle obbligatoria attuazione. Così come per il contratto l’offerta deve avere ad oggetto un trasferimento verso corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso, ed anche non immediato.

3. I commi 2 e 3 dell’art. 163 bis, L.F. attribuiscono al Tribunale, anche sulla base delle peculiarità del caso di specie, il potere di determinare le modalità di svolgimento della procedura competitiva cui i partecipanti devono uniformarsi pena l’inefficacia dell’offerta e, quindi, la loro esclusione.

Nell’ambito del potere organizzativo e di indirizzo riconosciuto al Tribunale è possibile, dunque, fissare gli elementi essenziali che troveranno sicuro collocamento nel decreto d’apertura della procedura competitiva:

- a) il contenuto che le offerte (qualificate espressamente come irrevocabili) dovranno avere con la previsione di eventuali garanzie;
- b) i requisiti di partecipazione degli offerenti;
- c) le forme di accesso alle informazioni rilevanti, necessarie per la formulazione dell’offerta, ed i limiti al loro utilizzo;
- d) le modalità di svolgimento della procedura: il termine e le modalità per la presentazione delle offerte, l’aumento minimo, la data dell’udienza in cui si provvede al loro esame, le modalità della gara nel caso di più offerte. Le forme di pubblicità e il richiamo all’art. 490 cpc.

In ordine ai requisiti appena declinati, alcune precisazioni appaiono doverose. Per quanto concerne, infatti, il profilo relativo alla “comparabilità”, deve precisarsi che questo debba essere inteso come dovere in capo al Tribunale di stabilire dettagliatamente il contenuto e le clausole cui tutte le offerte, pena l’inammissibilità, devono conformarsi. Il legislatore, infatti, ha ritenuto che limitando la discrezionalità nella formulazione delle offerte, si consenta al Tribunale di individuare facilmente quella più favorevole e, così, di massimizzare la prospettiva di recovery dei creditori concordatari.

Il potere del tribunale, tuttavia, trova un limite nel piano, la cui impostazione complessiva non deve risultarne stravolta. In questo senso la relazione al disegno di legge di conversione secondo cui sarebbero richieste “offerte competitive che siano migliorative nel quantum senza alterare l’originario piano” e la relazione al decreto legge secondo cui “la comparabilità delle offerte garantisce che siano confrontabili tra loro e non richiedano una variazione sostanziale del piano”.

Il tribunale dovrà quindi lasciare intatta l’impostazione eliminando, se necessario ad aprire la competizione a soggetti terzi, eventuali clausole che,

pur non incidenti sull'impianto del piano, siano state appositamente predisposte per l'offerente originario.

4. Con riferimento al caso che ci occupa, specifica menzione merita la posizione dell'offerente originario nell'ambito della procedura competitiva. Come già precisato, il comma 2 dell'art. 163 bis L.F. prevede che [...] L'offerta di cui al primo comma (n.d.r. quella, per l'appunto, dell'offerente originario) diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l'offerta in conformità a quanto previsto dal decreto di cui al presente comma e viene prestata la garanzia stabilita con il medesimo decreto [...]. E, poi, al comma 3, così testualmente prosegue "[...] Se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti. [...]". Sovente accade che l'offerta originaria, venendo formulata prima dell'apertura della procedura competitiva (il cui avvio è proprio da quest'ultima provocato), non sia conforme ai presupposti sanciti all'interno del decreto del Tribunale. In dottrina e giurisprudenza ci si è, dunque, interrogati su come si inserisca la figura dell'offerente originario all'interno della procedura competitiva, a seconda che egli opti o meno per l'adeguamento dell'offerta. Gli ipotetici scenari possono essere così sinteticamente enucleati:

- se la prima offerta non viene adeguata e ne perviene solamente un'altra, conforme alle prescrizioni del decreto, non si aprirà alcuna gara ed il bene sarà aggiudicato al secondo offerente;*
- se la prima offerta non viene adeguata e ne pervengono almeno altre due, conformi alle prescrizioni del decreto, si aprirà una gara tra quest'ultimi ed il bene sarà aggiudicato al vincitore della gara;*
- se la prima offerta viene adeguata e ne pervengono altre, il primo offerente parteciperà alla gara e il bene sarà aggiudicato al vincitore della gara;*
- se la prima offerta viene adeguata come prescritto dal decreto e non perviene nessuna offerta concorrente, il primo offerente si aggiudicherà l'acquisto nei termini di cui alla proposta adeguata;*
- se la prima offerta non viene adeguata e non ne pervengono altre, quell'offerta sarà ritenuta comunque inefficace;*

Nel caso che ci occupa, il Tribunale di Pescara, aderendo a quest'ultima soluzione, all'esito della procedura competitiva ed in mancanza di offerte concorrenti da parte di terzi, ha ritenuto la inefficacia della proposta originaria formulata dalla L. s.r.l., perché non modificata nei termini fissati nel decreto di apertura della procedura competitiva, ex art. 163 bis, 3° comma, L.F. e, come tale, non divenuta irrevocabile.

Soluzione questa non sempre condivisa dalla dottrina e dalla giurispru-

denza che, nel rispetto dell'accordo originario tra debitore e primo offerente, ritengono detta offerta comunque valida, essendo stata messa in competizione sul mercato e mancando offerte concorrenti da parte di terzi.

La coartazione della volontà delle parti, in questo caso, non appare infatti giustificata, dal momento che il mercato non ha risposto alla procedura competitiva e l'offerta originaria non è più tale da pregiudicare l'interesse dei creditori alla massimizzazione del valore del bene. Poiché non vi è stata gara, e quindi il debitore non ha dovuto modificare la proposta ed il piano, si ritiene dunque che il concordato possa proseguire sulla base della proposta "chiusa" e "preconfezionata" del debitore.

5. Il contratto di affitto con previsione di successivo acquisto, anche se stipulato in data antecedente la domanda di concordato, rientra nel perimetro applicativo dell'art. 163 bis L.F., proprio in virtù della precisazione secondo cui "Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando il debitore ha stipulato un contratto che comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo di azienda o di specifici beni".

Benché in modo meno evidente, anche il semplice contratto di affitto non finalizzato al trasferimento dell'azienda, che sia stato stipulato prima della domanda di concordato, dovrebbe ritenersi sottoposto alla medesima disciplina, dal momento che la norma non fa alcuna distinzione in ordine all'epoca della stipula e dal momento, soprattutto, che essa si applica a qualunque tipo di concordato.

Sembrerebbe, dunque che, anche nel caso in cui il piano preveda che le risorse per il soddisfacimento dei creditori provengano dai canoni di un contratto di affitto di azienda, dovrebbe essere disposta la procedura competitiva di cui all'art. 163-bis l. f., al fine di verificare se il canone pattuito sia conforme all'interesse dei creditori o se, attraverso la suddetta procedura, sia possibile ottenere un canone maggiore che porti a soddisfare i creditori in migliore misura ed in minor tempo.

Nella fattispecie che ci occupa il Tribunale di Pescara non ha ritenuto estendere la procedura competitiva anche al contratto di affitto d'azienda ripassato tra la debitrice e la L. s.r.l. in quanto la "immediata" vendita dell'azienda preclusiva dello stesso.

6. Un ultimo aspetto affrontato dalla Corte ed oggetto di reclamo è quello relativo al provvedimento di revoca assunto dal Tribunale ex art. 173 L.F., ritenutamente illegittimo da parte della debitrice in quanto frutto di una erronea interpretazione dell'art. 163 bis L.F.; eccezione questa parimenti stigmatizzata in quanto, al di là degli aspetti interpretativi delle ripetuta norma, in ordine alla efficacia o meno del contratto di affitto di azienda "non modi-

ficato”, all’esito della procedura di vendita dei beni aziendali definitasi negativamente per assenza di offerte e della rettifica dell’attivo concordatario da parte del Commissario Giudiziale, in assenza di informazioni veritiere e complete fornite ai creditori, sono venute meno le condizioni di ammissibilità del concordato, da ciò derivandone la legittimità del decreto di revoca e, ricorrendone i presupposti di legge, la declaratoria di fallimento della Società e suoi soci.

In conclusione, seppur condivisibile la statuizione assunta dal Collegio aquilano, resta la consapevolezza di come il precetto normativo fissato nell’art. 163 bis L.F., la cui lettera non sempre di facile interpretazione, nella sua applicazione pratica, talvolta, non riscontra concretamente gli interessi della massa creditoria ed il principio di economicità procedurale.

Alessio Ritucci

Bibliografia:

- A. La Malfa, *Le offerte concorrenti*, in www.osservatorio-oci.org;
- A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?* in, *Il Fallimento*, 2013, 9, 1099;
- M. N. Legnaioli, *La disciplina delle vendite: l’art. 182 e l’art. 163 bis L.F.*;
- A. La Malfa cit.; P.G. Cecchini, *Qualche spunto sulle offerte concorrenti in Il Caso.it e “Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Diritto Fallimentare*, 2016, 5, 1179;
- F. Lamanna, *La miniriforma (anche) del diritto concorsuale secondo il decreto “contendibilità e soluzioni finanziarie” n. 83/2015: un primo commento*, in *il Fallimentarista.it*;
- G. Bozza, *Le proposte e le offerte concorrenti*, cit., p.84 e M. Greggio, *La cessione dell’azienda prima dell’omologa del concordato preventivo liquidatorio*, cit., p. 6.
- L. Varotti, *Appunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare*, in *Il Caso.it*;
- *Sessione sulle offerte concorrenti di R. D’Amora e D. Garufi tenutasi presso l’Università di Siena nell’ambito del Corso di alta formazione in diritto della crisi di impresa 2016*;
- L. Varotti cit.; M. Greggio, *Le offerte concorrenti nel nuovo art. 163-bis l. fall.: l’eteronomia prevale sull’autonomia?*, in *il Fallimentarista.it*;
- *14 luglio 2016 in Il Caso.it e D. Galletti. Tre esercizi sulle offerte concorrenti nel nuovo concordato preventivo*, in <http://ilfallimentarista.it/>.

Tribunale Pescara, Sez. lavoro, 24 settembre 2020, n. 341, est. De Cesare – A.M. c/ Regione Abruzzo

Direttore Generale ASL – Decadenza o risoluzione del contratto stipulato con la Regione – Giurisdizione A.G.O. – Sussiste

Direttore Generale ASL – Mancato raggiungimento obiettivi fissati dalla Regione – Decadenza automatica dall’incarico – Esclusione – Valutazione dell’inadempimento ai sensi dell’art. 2119 c.c. – Necessità

Direttore Generale ASL – Nullità del contratto di conferimento dell’incarico ai sensi del d.l. n. 95/2012 e art. 25 L n. 724/1994 causa il collocamento in pensione successivo alla nomina – Esclusione

Direttore Generale ASL – Illegittima declaratoria di decadenza dall’incarico – Risarcimento del danno – Spettanza

Qualora si disputi circa la sussistenza o meno di ipotesi di inadempimento contrattuale, a carico di un Direttore Generale di ASL, poiché tale situazione attiene diritti soggettivi deve ritenersi sussistere la Giurisdizione del Giudice Ordinario il quale è tenuto a valutare l’inadempimento alla stregua dei principi di cui all’art. 2119 c.c. tenuto conto che nell’operare la valutazione non può farsi ricorso ad alcun automatismo bensì esclusivamente ponderando la ricorrenza di gravi motivi ovvero la gravità dell’inadempimento. Ove tali requisiti difettino spetta il risarcimento del danno commisurato alle residue competenze non corrisposte.

Inoltre deve ritenersi che non trovino operatività l’art. 25 della L. n. 724/1994 e l’art.5, co. 9, d.l. n. 95/2012, secondo cui l’incarico di Direttore Generale di una ASL non può essere attribuito a soggetti già collocati a riposo, qualora il nominato Direttore Generale venga collocato in pensione successivamente alla nomina poiché le richiamate norme trovano operatività solo al momento della nomina stessa.

Preliminarmente va osservato che, pur essendo il ricorrente stato nominato direttore generale della ASL di (*omissis*) prima dell’emanazione del d.lgs. 4.8.2016 n. 171, la fattispecie di causa è regolata dal d.lgs. stesso (quindi, per quanto qui interessa, con salvezza della disciplina previgente solo relativamente all’art. 3 bis c. 7 bis d.lgs. n. 502/92), in base alle disposizioni transitorie di cui agli artt. 5 e 9 del d.lgs. stesso, essendo sia la decadenza dall’incarico, sia la relativa procedura di valutazione, state poste in essere dopo la formazione dell’elenco nazionale degli idonei alla nomina a direttore generale delle ASL di cui all’art. 1 c. 2 del d.lgs., pubblicato con d.M. Salute 12.2.2018.

Ciò posto, l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla Regione convenuta va disattesa.

Il ricorrente, come si rileva dalla relativa dGR n. 544/2019 in atti, è stato dichiarato decaduto dall'incarico di direttore generale attribuitogli ex art. 3 bis c. 7 bis d.lgs. n. 502/92, per mancato raggiungimento degli obiettivi di salute assegnati, fattispecie espressamente qualificata dalla norma stessa come grave inadempimento contrattuale e coinvolge quindi questioni relative all'adempimento di obbligazioni, quindi a diritti soggettivi.

Difatti, come pacifico in giurisprudenza, mentre il provvedimento regionale che non conferma l'incarico del direttore generale di azienda ospedaliera in base alla verifica dei risultati di gestione ex art. 3 bis c. 6 d.lgs. n. 502/1992 o ex art. 2 c. 4 d.lgs. n. 171/2016 è un atto discrezionale di alta amministrazione, espressione di poteri pubblicistici, cui sono correlati interessi legittimi del privato, sicché l'impugnazione da questi proposta rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, di contro sussiste la giurisdizione del giudice ordinario riguardo all'impugnazione proposta dal direttore generale di una azienda sanitaria locale in relazione alle ipotesi di decadenza o risoluzione del contratto attinenti a contestazioni di inadempimento, coinvolgendo tali fattispecie situazioni di diritto soggettivo tutelabili dinanzi al giudice ordinario (cfr. Cass. Sez. U. nn. 2055 del 03/02/2016 rv. 638241 – 01; 26938 del 19/12/2014 rv. 633458 – 01; 1767 del 26/01/2011 rv. 615997 – 01; 16219 del 28/12/2001 rv. 551345 – 01; Cass. Sez. L. n. 10775 del 05/06/2020 rv. 657789 - 01).

Nel merito il ricorso è fondato.

Come pacifico in giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. L. nn. 10775/2020 cit., 21031 del 18.10.2016, 16519 del 21/08/2004 rv. 576059 - 01), tra la Regione ed il direttore generale delle ASL intercorre un rapporto di lavoro privato di natura autonoma, ancorché coordinato con i fini dell'ente, con spiccato carattere fiduciario, in base al previgente art. 3 bis c. 8 d.lgs. n. 502/1992 ed all'art. 1 DPCM 19 luglio 1995 n. 502, e, per quanto non espressamente stabilito dalla normativa speciale, è regolato dalle norme del titolo III del libro V del codice civile (artt. 2222 segg.).

Ne segue che in tutti i casi, previsti dall'art. 3 bis d.lgs. n. 502/92 e dall'art. 2 d.lgs. n. 171/2006, di risoluzione o decadenza del direttore generale dall'incarico per gravi motivi, per grave disavanzo di gestione imputabile al mancato raggiungimento degli obiettivi, manifesta violazione di legge o regolamenti o del principio di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione, mancato raggiungimento degli obiettivi di salute ed assistenziali, anche qualora si tratti -come nella fattispecie- di decadenza automatica, lo scioglimento del contratto può derivare soltanto da atti imputabili al direttore generale stesso,

per mancato esercizio della diligenza dovuta nell'esecuzione del contratto, e non da semplici accadimenti oggettivi o esterni.

La Corte Cost., nella sentenza del 27.1.2005 n. 36 resa sulla fattispecie della decadenza automatica del direttore generale nell'ipotesi di mancato raggiungimento dell'equilibrio economico, in base ai provvedimenti adottati dalle Regioni ex art. 52 c. 4 l. n. 289/2002, nella quale la Corte ha difatti statuito che tutte le ipotesi di decadenza o revoca dall'incarico del d.g. di cui all'art. 3 c. 6 segg. d.lgs. n. 502/92 all'epoca vigenti, sostanzialmente riprodotte nell'art. 2 c. 4 segg. d.lgs. n. 171/2016, costituiscono misure sanzionatorie nell'ambito della responsabilità dei predetti direttori generali, e non ipotesi di automatismo.

Pertanto, pur se il direttore generale di una ASL, per effetto del contratto d'opera stipulato, assume un'obbligazione di risultato e non anche di mezzi -conformemente all'opzione del legislatore delegante che ha inteso introdurre per la gestione apicale delle ASL una responsabilità di tipo manageriale- la Regione può disporre la decadenza automatica solo fornendo prova della rilevante imputabilità all'interessato dei motivi adottati o del mancato raggiungimento dei risultati, in base ai principi sull'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, costituendo le citate disposizioni esclusivamente valutazioni preventive della gravità delle tipologie di inadempimento indicate (cfr. Cass. sez. L. nn. 16519/2004 e 21031/2016 citt.).

La sussistenza dei gravi motivi o della gravità dell'inadempimento deve essere valutata in rapporto all'intensità del vincolo fiduciario tipico di tale rapporto, in base a criteri analoghi a quelli relativi alla verifica della sussistenza di giusta causa di recesso ex art. 2119 c.c. (cfr. Cass. Sez. L. n. 10775/2020 cit.).

In base a tali principi va valutata la fattispecie di causa.

Trattandosi di fattispecie di inadempimento contrattuale, è assolutamente irrilevante la dedotta mancata fissazione, da parte della Conferenza Stato-Regioni, di criteri e procedure omogenei di valutazione dell'attività dei direttori generali ex art. 2 c. 3 d.lgs. n. 171/2016, non potendo in alcun caso tali criteri costituire presupposto, condizione o limite della potestà regionale di valutazione, che al contrario deve avvenire, per quanto osservato, in base ai criteri normativi sopra richiamati.

Peraltro la fissazione di criteri omogenei è espressamente finalizzata dall'art. 2 c. 3 cit. all'assicurazione di omogeneità nella valutazione dell'attività dei direttori generali, sicché non potrebbe in ogni caso trattarsi di condizione di legittimità della valutazione.

La mancata previsione di adeguati criteri o procedure di valutazione o il

mancato rispetto di questi da parte della Regione può pertanto costituire esclusivamente indice di verifica della sussistenza o insussistenza, in punto di fatto, dell'inadempimento addebitato al direttore generale. Al riguardo va osservato che i criteri e le procedure di valutazione predisposti dalla Regione convenuta, e trasfusi o richiamati nell'art. 3 del contratto di incarico di d.g. stipulato tra le parti il 29.2.2016 in atti, sono basati sul raggiungimento degli obiettivi di salute e di funzionamento dei servizi definiti ed assegnati, sul rispetto della garanzia dei livelli essenziali di assistenza, e sull'adempimento degli obblighi in materia di trasparenza su dati di bilancio, spese e costi del personale, sicché devono ritenersi del tutto conformi ai parametri normativi di cui all'art. 2 c. 3 d.lgs. n. 171/2016 cit..

Analogamente, il dedotto mancato rispetto dei termini di ultimazione del procedimento di valutazione o di quelli di adozione della decadenza all'esito della valutazione, e la dedotta scorretta valutazione del periodo fino al febbraio 2018 -epoca di comunicazione della dGR di fissazione degli obiettivi per l'anno 2018- in base a tali obiettivi e non a quelli precedenti fissati in sede di nomina, possono costituire esclusivamente indice di verifica della sussistenza o insussistenza, in punto di fatto, dell'inadempimento addebitato.

Al riguardo va peraltro osservato: da un lato che il termine di novanta giorni previsto dall'art. 2 c. 3 d.lgs. n. 171/2016 è relativo esclusivamente alla verifica dei risultati, ed il successivo termine di trenta giorni per l'adozione dei conseguenti provvedimenti regionali è previsto termine dal c. 5 dell'art. 2 stesso esclusivamente per le ipotesi di decadenza per gravi e comprovati motivi, grave disavanzo di gestione e manifesta violazione di legge o regolamenti o del principio di buon andamento e di imparzialità, laddove per le ipotesi di decadenza per mancato raggiungimento dei risultati aziendali o degli obiettivi di salute non sono previsti termini; d'altro lato che il competente nucleo di valutazione regionale, come si evince dalla documentazione in atti (cfr. in specie doc. 7 ricorrente), ha valutato il periodo fino al 31.12.2017 in base agli obiettivi fissati con dGR 152/2017 per l'anno 2017, e quello successivo in base agli obiettivi fissati con dGR n. 27/2018 per l'anno 2018, e ciò correttamente, trattandosi di obiettivi annuali (cfr. l'art. 2 del citato contratto di incarico) ed essendo quelli per l'anno 2018 stati fissati e comunicati al ricorrente all'inizio dell'anno.

Quanto agli altri motivi di ricorso, il ricorrente deduce: a) di non avere violato i termini di rendicontazione alla Regione dell'attività di controllo sull'appropriatezza delle prestazioni sanitarie, essendo questi annuali e non trimestrali come ritenuto dal nucleo di valutazione; b) di avere raggiunto gli obiettivi in materia di mobilità sanitaria essendogli stato attribuito il punteg-

gio massimo di 5 per la correttezza dei dati dei relativi flussi informativi e non essendo all'epoca della valutazione disponibili i dati ufficiali sulla mobilità passiva, pubblicati solo con la successiva relazione 2018 dell'azienda sanitaria regionale (ASR), sicché in base ai criteri di valutazione dovevano essergli attribuiti ulteriori 3 punti, ed avendo comunque i dati di mobilità successivamente pubblicati evidenziato riduzione della mobilità; c) che il mancato raggiungimento degli altri obiettivi di salute assegnatigli non è dipeso da proprie mancanze ma da insufficiente finanziamento, che avrebbe reso inesigibile il raggiungimento di tali obiettivi.

Quanto al motivo sub a), si rileva che l'obiettivo di salute B1 previsto negli allegati alle citate dGR nn. 119/2016 e 27/2018 (docc. 2 e 6 ricorrente) è relativo esclusivamente ai controlli in materia di appropriatezza e legittimità delle prestazioni sanitarie in conformità ai protocolli ispettivi approvati con decreto del Commissario ad acta n. 64/2012. Tale decreto (doc. 18 ricorrente) prevede espressamente, a pag. 4, che l'attività di controllo analitico sia oggetto di rendicontazione annuale alla Regione, salva la facoltà regionale di richiedere ulteriori controlli e report periodici. A quanto risulta dalla documentazione prodotta (cfr. doc. 17 ricorrente), la Regione convenuta si è avvalsa di tale facoltà, richiedendo report trimestrali, solo per il periodo fino al dicembre 2016, né rileva, come sostenuto dal servizio ispettivo regionale (cfr. doc. 16 ricorrente), che altre disposizioni regionali, ed in particolare il decreto del Commissario ad acta n. 104/2015, prevedano report trimestrali da parte delle ASL, essendo l'obiettivo assegnato al ricorrente relativo specificamente ai controlli di cui al citato decreto n. 64/2012.

Non avendo la Regione convenuta contestato che la ASL di (*omissis*) abbia trasmesso i report annuali di cui al decreto 64/2012 stesso, ciò che peraltro risulta dalla documentazione prodotta (docc. 8 e 15 ricorrente), deve pertanto ritenersi che il ricorrente abbia raggiunto il citato obiettivo assegnatogli, sicché egli, in base a quanto previsto nel citato all. A alla dGR n. 27/2018, aveva diritto all'attribuzione del punteggio ivi previsto di 7.

Quanto al motivo sub b), l'obiettivo B2 previsto nei citati allegati attiene al miglioramento del saldo della cd. mobilità sanitaria (il ricorso da parte dei cittadini a prestazioni sanitarie presso ASL di regioni diverse da quella di appartenenza). Il raggiungimento di tale obiettivo viene valutato attraverso il controllo della correttezza dei dati dei relativi flussi informativi e della riduzione del numero dei ricoveri in mobilità passiva, cui corrispondono due differenti punteggi. In mancanza dei dati ufficiali di mobilità al momento della valutazione, il secondo punteggio è assegnato, in misura di 3, solo se il controllo della correttezza dei dati ha avuto esito interamente positivo.

Come risulta dalla documentazione prodotta dalla Regione convenuta (doc.8 ricorrente e relazioni del Dipartimento Sanità regionale doc. 17 segg.), il ricorrente ha ottenuto il punteggio massimo di 5 relativamente alla correttezza dei dati dei flussi informativi e nessun punto per riduzione dei ricoveri.

Al riguardo, in base alla citata documentazione, non può ritenersi che al momento della valutazione i dati ufficiali della mobilità non fossero disponibili, risultando dalla relazione sub 17 che fossero stati trasmessi alla Regione convenuta dalle altre Regioni interessate entro il 15.5.2019, laddove dalla relazione dell'ASR invocata dal ricorrente nulla è evincibile circa l'epoca di disponibilità dei dati stessi.

Da tale relazione risulta però, chiaramente, che a fronte di 6054 ricoveri in mobilità passiva nell'anno 2017 per i residenti nella provincia di (*omissis*), per l'anno 2018 ve ne sono stati 5869, quindi con riduzione del 3,04%. Peraltro, nella relazione regionale del 23.8.2019 (sub 18 fascicolo convenuta) il numero dei ricoveri del 2017 è indicato in 6259, sicché in base a tale dato la riduzione sarebbe ancora maggiore, del 6,23%. Tali dati, calcolati su base annuale, sono pienamente utilizzabili ai fini della verifica del raggiungimento del citato obiettivo per l'anno 2018, trattandosi appunto, come visto, di obiettivo annuale.

Al contrario, nella citata relazione regionale sub 18 i dati dei ricoveri in mobilità passiva sono stati scorrettamente parametrati o con riferimento al solo terzo quadrimestre dell'anno 2017, ma comparati non al periodo immediatamente precedente ma al terzo quadrimestre dell'anno 2016, ovvero con riferimento all'intero periodo di valutazione ma comparati non ai 16 mesi immediatamente precedenti ma al periodo settembre 2015/dicembre 2016, così escludendo dalla comparazione l'anno 2017.

In base a tali dati, deve ritenersi che non vi sia alcuna prova che nel complessivo periodo di valutazione il numero dei ricoveri in mobilità passiva della ASL di (*omissis*) sia aumentato o si sia ridotto di meno del 2,5%, e che pertanto, in considerazione dell'entità (almeno del 3,4%, come visto), della riduzione nell'anno 2018, a tale titolo il ricorrente avesse diritto, in base ai criteri di valutazione contenuti nel citato allegato alla dGR n. 27/2018, all'attribuzione almeno di punti 2.

Con riferimento sia agli obiettivi in materia di mobilità passiva, sia agli altri obiettivi di cui al citati allegati alle dGR 119/2016 e 27/2018, assegnati al ricorrente e per i quali ha ottenuto punteggio non pienamente positivo, va inoltre considerato che le valutazioni del competente nucleo del Dipartimento Sanità regionale (cfr. doc. 8 ricorrente) sono state operate sulla base di un mero raffronto oggettivo tra l'oggetto degli obiettivi (rispetto della percentua-

le minima di controlli, riduzione della mobilità sanitaria, contenimento delle liste di attesa, rispetto delle linee regionali di gestione del rischio clinico, realizzazione del piano della prevenzione) e la situazione fattuale della ASL di (*omissis*) per come desunta dai dati quantitativi rilevati, ma senza alcuna considerazione delle cause degli scostamenti rispetto agli obiettivi, ed in particolare senza alcuna valutazione di insufficienza o inadeguatezza dell'operato del ricorrente quale direttore generale.

L'unico addebito mosso al ricorrente, attinente alla mancata corretta rendicontazione degli effetti economici dei trasferimenti di pazienti dal Pronto Soccorso di (*omissis*) a case di cura private convenzionate, e sui costi e sull'appropriatezza degli interventi di fusione vertebrale effettuati presso la casa di cura privata convenzionata "(*omissis*)", deve ritenersi irrilevante ai fini della decisione, essendo esso relativo, come si evince dalla relazione regionale 23.4.2020 (doc. 16 convenuta) alla predetta rendicontazione trimestrale di cui al decreto del Commissario *ad acta* n. 104/2015, estranea come visto all'oggetto del citato obiettivo di salute B1. Si tratta, comunque, di addebito da un lato generico, in specie in quanto non vi è alcuna valutazione di effettiva non appropriatezza delle prestazioni né vi è valutazione dell'incidenza specifica di tali inesatte rendicontazioni sul raggiungimento dell'obiettivo di salute B1, attinente al complesso delle rendicontazioni; e dall'altro attinente a specifici e limitati aspetti di appropriatezza delle prestazioni sanitarie, interessanti pazienti in particolari condizioni o specifiche patologie, che non potrebbe di per sé solo, in base ai principi di diritto sopra richiamati, integrare grave inadempimento idoneo a giustificare decadenza del direttore generale.

Peraltro, con riferimento alla mobilità sanitaria, dalla citata relazione ASR si evince chiaramente che i motivi del ricorso dei residenti in Abruzzo a cure sanitarie fuori regione è dovuto o a cause fisiologiche (per cure di alta specializzazione non fornite in regione) o alla mancata stipula dei cd. accordi di confine tra le Regioni interessate, previsti dal patto per la Salute, e non ad inadeguatezza dell'azione manageriale dei direttori delle ASL regionali.

In tale quadro, e soprattutto in considerazione dell'insussistenza di idonea specificazione da parte della Regione convenuta, in sede di valutazione, di aspetti di insufficienza o inadeguatezza dell'operato del ricorrente quale direttore generale rispetto alla diligenza necessaria per la corretta esecuzione del contratto, deve ritenersi fondato anche il motivo sub c), attinente all'inesigibilità di un pieno raggiungimento degli obiettivi assegnatigli per insufficienza delle risorse finanziarie assegnategli ed alla conseguente non imputabilità del mancato conseguimento.

Difatti, pur se risulta dalla relazione regionale 23.4.2020 (doc. 15 con-

venuta) che la Regione Abruzzo abbia finanziato per gli anni 2017 e 2018 il livello di costi per come quantificato dai direttori generali delle ASL, nei limiti della coerenza con il quadro programmatorio regionale, la deduzione del ricorrente dell'insufficienza dei fondi assegnati alla ASL di (*omissis*) a causa (cfr. la certificazione di accompagnamento al conto economico 2018 prodotta sub 14) di sussistenza di maggiori oneri rispetto a quelli programmati, per incremento dei tetti di spesa delle strutture private accreditate e sopravvenienza di scostamenti di spesa nell'anno 2018 per incremento dei costi farmaceutici, per acquisto di beni e servizi e per maggiori accantonamenti, e per componenti finanziarie straordinarie (oneri per prestazioni extra budget di struttura accreditata e per definizione sfavorevole di contenzioso giudiziario) non è stata in alcun modo contestata dalla convenuta, che si è limitata, nelle proprie difese, a richiamare le previsioni di spesa ma senza alcuna deduzione sull'effettiva sussistenza di scostamenti. Conclusivamente, da un lato il ricorrente aveva diritto all'attribuzione di ulteriori punti 9 oltre i 62,15 già riconosciutigli, per complessivi punti 71,15 quanto agli obiettivi di salute e punti

124,90 di valutazione totale; dall'altro lato, la Regione convenuta -onerata in base ai principi di diritto sopra richiamati- non ha comunque fornito prova adeguata che il mancato pieno raggiungimento da parte del ricorrente degli obiettivi assegnatigli sia da riconnettere, in rapporto di derivazione causale, ad una sua condotta colposa per violazione degli obblighi di diligenza.

Prevedendo il citato all. A alla dGR n. 27/2018 che integri la fattispecie di decadenza automatica per mancato conseguimento degli obiettivi di salute ex art. 3 bis c. 7 bis d.lg. n. 502/92 la valutazione, riferita ai soli tali obiettivi, inferiore a 70 punti, e comunque potendo la decadenza essere disposta solo qualora il mancato conseguimento sia dovuto ad inadempimento colpevole del direttore generale, deve ritenersi che tali presupposti non sussistano, sicché la decadenza del ricorrente dall'incarico di direttore generale, disposta dalla Regione convenuta con la citata dGR n. 544/2019, è illegittima.

La domanda riconvenzionale avanzata dalla Regione convenuta è infondata. L'art. 25 l. n. 724/94 e l'art. 5 c. 9° d.l. n. 95/2012 si riferiscono difatti esclusivamente al conferimento di incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca, dirigenziali o direttivi a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza, sicché le disposizioni non sono in alcun modo applicabili a chi, come il ricorrente, in quiescenza dal 1.8.2016, venga collocato in pensione dopo l'affidamento dell'incarico. Né, peraltro, la convenuta ha fornito elemento probatorio alcuno della sussistenza dell'asserito intento fraudolento da parte del ricorrente. Segue, in accoglimento del ricorso, la condanna della Regione convenuta al risarcimento in favore del ricorrente

del relativo danno, da liquidarsi, come pacifico in giurisprudenza, in misura corrispondente agli emolumenti che ordinariamente il direttore generale avrebbe conseguito se il contratto fosse scaduto naturalmente decorsi cinque anni dalla nomina, come per legge (cfr. Cass. Sez. L. n. 14403 del 5.6.2018), e quindi pari nella fattispecie ad €. 193.155,36 (€. 11.362,08 mensili -in quanto il ricorrente, cui doveva essere attribuito in sede di valutazione, come visto, un punteggio complessivo superiore a 120 punti, aveva diritto all'ulteriore integrazione dei compensi in misura del 10% in base all'art. 4 del citato contratto del 29.2.2016- moltiplicati per le 17 mensilità restanti dalla decadenza in data 2.10.2019 alla naturale scadenza dell'incarico al 1.3.2021), oltre oneri accessori di legge.

(omissis)

Tribunale di Pescara – decreto 10.1.2020, n. 729 – Est. Medica – A c. B

Decreto ingiuntivo – Obblighi di fare – Consegna contratti di c/c bancario estratti conto e relativa documentazione – Ammissibilità – Pagamento somme - Crediti derivanti da sentenza resa tra terzi – Ammissibilità.

In tema di contratti bancari è ammissibile il ricorso al decreto ingiuntivo nei confronti della banca per ottenere la consegna di contratti di conto corrente, estratti conto e relativa documentazione, essendo sancito normativamente tale obbligo di consegna ex art. 119 TUB nonché ai sensi dell'art. 633 c.p.c. che prevede l'obbligo di consegnare cose determinate.

È analogamente ammissibile il ricorso per decreto ingiuntivo al pagamento di somme derivanti da titolo esecutivo costituito da sentenza resa tra altre parti (nel caso di specie il giudizio di accertamento di maggiori somme a favore del correntista si era svolto tra la banca e i fideiussori del correntista medesimo, che non vi aveva preso parte).

(omissis)

Il Giudice dott.ssa Patrizia Medica,

(omissis)

INGIUNGE A

(omissis) (C.F. *(omissis)*)

(di consegnare, nel termine di giorni quaranta dalla notifica del ricorso, la seguente documentazione:

- copia dei contratti di apertura del e/e n. 500057691 (già n. 65011051) e di eventuali conti anticipi al primo collegati;
- copia delle convenzioni, sottoscritte in relazione a tassi di interesse ultra-legale, c.m.s., valute, ecc., relative al c/c n. 500057691 (già n. 65011051) e ad eventuali conto anticipi a questo collegati; convenzioni e/o contratti successivi all'instaurazione dei rapporti bancari, sottoscritti dal ricorrente;
- copia della rendicontazione completa di tutte le operazioni/movimentazioni relative al c/c n. *(omissis)* (già n. *omissis*) e ad eventuali conto anticipi a questo collegati, relativi agli ultimi dieci anni;
- copia degli estratti conto, completi di scalare, relativi al e/e n. 500057691 (già n. 65011051) e ad eventuali conti anticipi a questo collegati, relativi agli ultimi dieci anni;

di pagare alla parte ricorrente per le causali di cui al ricorso, entro quaranta giorni dalla notifica del presente decreto:

1. la somma di € 307.814,87;
2. gli interessi come da domanda;
3. le spese di questa procedura di ingiunzione *(omissis)*

Tribunale di Chieti – ord. 3 aprile 2020 – Est. Colagreco – C. c/ I.

Opposizione all’esecuzione – Istanza di sospensione del fideiussore - Inammissibilità.

In tema di contratto di mutuo contenente garanzia fideiussoria di un terzo, è inammissibile l’istanza di sospensione proposta dal fideiussore nell’opposizione all’esecuzione intrapresa sulla base del titolo esecutivo costituito dal mutuo medesimo, restando la legittimazione a promuovere l’azione di inesistenza del titolo esecutivo devoluta esclusivamente al mutuatario/debitore e non all’opponente/fideiussore.(1)

(omissis)

1. La domanda in questa sede spiegata da *(omissis)* - destinataria della notifica di un atto di pignoramento in data 18.07.2019 nella qualità di fideiussore - mira a paralizzare l’azione esecutiva intrapresa dal creditore procedente, sulla base delle seguenti deduzioni: 1) inesistenza del contratto di fidejussione; 2) inesistenza del titolo esecutivo; 3) illegittimo cumulo di azioni esecutive ex art. 483 c.p.c.; d) istanza ex art. 2268 c.c..

2. Ha chiesto, per quanto scrutinabile in questa sede, la sospensione della procedura esecutiva.

3. Ha resistito il creditore procedente.

4. L’istanza di sospensione è infondata.

5. *(omissis)* s.p.a. procede in via esecutiva in forza del contratto di mutuo *(omissis)* con il quale la predetta Banca concedeva un finanziamento di euro 250.000,00 alla Sas *(omissis)*, parte debitrice, nonché nei confronti della odierna opponente e *(omissis)*, adducendo che gli esecutati fossero fideiussori della mutuataria *(omissis)* sas di *(omissis)* & C.

6. Con riferimento al primo motivo di doglianza, *(omissis)* contesta la propria qualità di fideiussore.

6.1. In particolare, il contratto di mutuo non conterrebbe “l’assunto patto fideiussorio che legittima la Banca all’azione esecutiva. Si legge, infatti, nel ridetto contratto – pag. 1 punto “c”: <<(sono presenti i Sig.ri) quale parte fideiubente: i su generalizzati *(omissis)* e *(omissis)*>>; di seguito alla pag 6 – art. 6: <<Ad ulteriore garanzia del mutuo e dell’adempimento di tutte le obbligazioni nascenti dal presente contratto la parte mutuataria dichiara che: i Sig.ri *(omissis)* e *(omissis)*, in proprio, presteranno fidejussione per € 250.000,00>>”.

A tanto conseguirebbe che il “richiamato atto di mutuo, col quale i Sig.ri *(omissis)* e *(omissis)* si impegnano a prestare garanzia, non è il contratto di fidejussione, bensì contiene il solo obbligo dei medesimi *(omissis)* e *(omis-*

sis) di stipulare successiva fidejussione. Ne consegue, altresì, che la Banca ha agito nei confronti della Sig.ra (*omissis*) sulla base di un titolo inesistente, ritenuto, peraltro, illegittimamente, esecutivo”.

Pertanto, il contratto di mutuo non costituirebbe valido titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474 c.p.

6.2. La doglianza è infondata.

6.1. A mente della giurisprudenza di legittimità, l’interpretazione del titolo esecutivo consistente in una sentenza passata in giudicato compiuta dal giudice dell’opposizione a precetto o all’esecuzione si risolve nell’apprezzamento di un “fatto”, come tale incensurabile in sede di legittimità se esente da vizi logici o giuridici, senza che possa diversamente opinarsi alla luce dei poteri di rilievo officioso e di diretta interpretazione del giudicato esterno da parte del giudice di legittimità, atteso che, in sede di esecuzione, la sentenza passata in giudicato, pur ponendosi come “giudicato esterno” (in quanto decisione assunta fuori dal processo esecutivo), non opera come decisione della controversia, bensì come titolo esecutivo e, pertanto, al pari degli altri titoli esecutivi, non va intesa come momento terminale della funzione cognitiva del giudice, bensì come presupposto fattuale dell’esecuzione, ossia come condizione necessaria e sufficiente per procedere ad essa (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 15852 del 06/07/2010).

Poiché il titolo esecutivo è rappresentato da un contratto di mutuo, l’indagine deve essere condotta alla luce delle regole codicistiche previste in materia di interpretazione del contratto.

Al riguardo, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, “l’art. 1362 c.c., allorché nel comma 1 prescrive all’interprete di indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti senza limitarsi al senso letterale delle parole, non svaluta l’elemento letterale del contratto ma, al contrario, intende ribadire che, qualora la lettera della convenzione, per le espressioni usate, riveli con chiarezza ed univocità la volontà dei contraenti e non vi sia divergenza tra la lettera e lo spirito della convenzione, una diversa interpretazione non è ammissibile (Cass. Sez. 2 - , Ordinanza n. 21576 del 22/08/2019), ed ancora “in tema di interpretazione del contratto, l’elemento letterale, sebbene centrale nella ricerca della reale volontà delle parti, deve essere riguardato alla stregua di ulteriori criteri ermeneutici e, segnatamente, dell’interpretazione funzionale, che attribuisce rilievo alla causa concreta del contratto ed allo scopo pratico perseguito dalle parti, oltre che dell’interpretazione secondo buona fede, che si specifica nel significato di lealtà e si concreta nel non suscitare falsi affidamenti e nel non contestare ragionevoli affidamenti ingenerati nella controparte” (Cass. Sez. 3 - , Sentenza n. 6675 del 19/03/2018).

6.2 Nel caso di specie, dall’analisi del contratto di mutuo è evidente come l’opponente abbia costituito valida garanzia fideiussoria.

Ed invero, dalla lettura dell'atto notarile si legge espressamente che (*omissis*) partecipa all'atto anche in qualità di fideiussore provvedendo da ultimo ad eleggere domicilio; assumendo tale qualità, dichiarata dalla garante dinanzi a pubblico ufficiale, l'opponente sottoscrive il contratto di mutuo a conferma ed accettazione delle condizioni tutte ivi indicate.

Quanto all'utilizzo del verbo declinato al futuro "presteranno fidejussione", l'espressione non sottintende, evidentemente, una intenzione, per così dire, meramente preparatoria della pattuizione, con efficacia meramente obbligatoria e funzionale ad una successiva stipula, ma puramente e semplicemente che la garanzia personale si attiverà nell'ipotesi di un eventuale, ed a quale tempo imprevedibile, inadempimento del debitore principale.

Ne consegue che il contratto di mutuo in oggetto costituisce valido titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.

7. Parimenti infondata è la dedotta inesistenza del titolo esecutivo.

7.1. In particolare, l'opponente lamenta l'inesistenza del titolo esecutivo per carenza dei requisiti di cui all'art. 474 c.p.c. atteso che il contratto di mutuo bancario stipulato tra le parti non si sarebbe perfezionato a ragione della mancata traditio della somma al mutuatario.

Al riguardo si osserva che secondo la giurisprudenza di legittimità "il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria consente al fideiussore di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, ma non comporta l'attribuzione di una legittimazione sostitutiva per proporre le azioni che competono a quest'ultimo nei confronti del creditore, neppure quando le stesse si riferiscano alla posizione debitoria per la quale è stata prestata la garanzia, ostandovi anche il principio generale sancito dall'art. 81 c.p.c., secondo cui, in mancanza di un valido titolo che consenta la sostituzione, legittimato ad agire in giudizio è solo il titolare dell'interesse leso" (Cass. Sez. 1 - , Ordinanza n. 31653 del 04/12/2019), con l'ulteriore precisazione che "l'esclusione della possibilità, per il fideiussore, di far valere nel processo, in via di azione ed in nome proprio, un diritto spettante al debitore, trova fondamento, oltre che nel principio generale secondo cui legittimato ad agire in giudizio è (in mancanza di un valido titolo che consenta la sostituzione) il solo titolare dell'interesse leso, anche e soprattutto nel carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria, quale deducibile dagli artt. 1939 e 1945 cod. civ." (Sez. 1, Sentenza n. 12225 del 20/08/2003).

Quindi, nel caso di specie, la legittimazione a promuovere l'azione di inesistenza del titolo esecutivo è devoluta esclusivamente al mutuatario/debitore e non, come nel caso di specie, all'odierno opponente/fideiussore.

7.2. Peraltro, *ad abundantiam*, si osserva come sia pacifico in giurisprudenza che ai fini del perfezionamento del contratto reale di mutuo non occorre la materiale traditio del denaro nelle mani del mutuatario, essendo sufficiente

il conseguimento della sola disponibilità giuridica, che sussiste tutte le volte in cui il mutuante crea un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, così da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione al patrimonio di quest'ultimo (Cass. 28.06.2011, n. 14270; Cass. 3.01.2011, n. 14; Cass. 28.08.2004, n. 17211; Cass. 5.07.2001, n. 9074). In quest'ottica, il conseguimento della giuridica disponibilità della somma mutuata da parte del mutuatario, può ritenersi sussistente, come equipollente della traditio, nel caso in cui il mutuatario crei un autonomo titolo di disponibilità in favore del mutuatario, in guisa tale da determinare l'uscita della somma dal proprio patrimonio e l'acquisizione della medesima al patrimonio di quest'ultimo, ovvero quando, nello stesso contratto di mutuo, le parti abbiano inserito specifiche pattuizioni, consistenti nell'incarico che il mutuatario affida al mutuante di impiegare la somma mutuata per soddisfare un interesse del primo (cfr. Cass. 12 ottobre 1992, e 11116 e 15 luglio 1994 n. 6686; nonché. Cass. n. 2483 del 2001, Cass. 5 luglio 2001, n. 9074 e 28 agosto 2004, n. 17211; e, da ultimo, Cass. 3 gennaio 2011, n. 14).

Ebbene, reputa il G.E. che, nel caso di specie, la traditio sia ben ravvisabile nell'espressa dichiarazione della mutuataria circa l'avvenuta consegna e quietanza della somma (art. 1), né depone in senso contrario la circostanza che, in via contestuale, quella medesima somma veniva costituita in deposito presso la banca, atteso che la costituzione in deposito infruttifero costituisce un passaggio distinto ed ulteriore, che tuttavia logicamente e cronologicamente presuppone l'avvenuta traditio e, quindi, il perfezionamento del contratto con l'insorgere dell'obbligo restitutorio.

8. Quanto alla possibilità di attivare plurime procedure esecutive tramite il medesimo titolo, a mente della giurisprudenza della Corte di Cassazione è del tutto legittimo attivare, in forza del medesimo titolo, plurime procedure esecutive (Cass. Sez. III n. 23847 del 18.08.2008), talché il creditore precedente può dare impulso ad altra procedura esecutiva con il limite della impossibilità di locupletare somme non di spettanza; l'eventuale eccedenza, nel caso di specie - allo stato - non ravvisabile né concretamente quantificabile, andrebbe, quindi, restituita alla parte esecutata.

9. Con riferimento all'invocata riduzione del pignoramento, rileva il G.E. come la stessa possa essere avanzata ai sensi dell'art. 496 c.p.c. dal debitore o dal terzo assoggettato ad esecuzione mediante una istanza proposta ai sensi dell'art. 484 c.p.c. la quale presuppone che il debitore non contesti il diritto del creditore a procedere esecutivamente né la regolarità formale del pignoramento e degli atti esecutivi successivi.

Ne consegue che, ove la richiesta di riduzione sia formulata nel contesto di un ricorso proposto ai sensi degli artt. 615 e 617 c.p.c., la stessa deve essere dichiarata inammissibile (anche in motivazione, Cass. Sentenza 16 gennaio 2003 n. 563)

10. Parimenti infondata è l'istanza avanza dall'opponente ai sensi dell'art. 2268 c.c. di preventiva escussione di un bene "sociale" appartenente alla società debitrice ed oggetto della procedura esecutiva immobiliare. n. 202/2014.R.Es.

Al riguardo si rileva come la presente azione esecutiva sia stata intrapresa contro (*omissis*) non quale socio della debitrice principale, bensì quale garante in virtù della fidejussione prestata.

11. In definitiva, nella fattispecie non ricorrono i presupposti per disporre la sospensione della procedura esecutiva.

(*omissis*)

NOTA (1) - Legittimazione attiva del fideiussore nel contratto di mutuo.

L'emarginata ordinanza del Tribunale di Chieti del 3 aprile 2020 affronta, tra gli altri, aspetti relativi alla legittimazione del fideiussore in un contratto di mutuo bancario a chiedere la sospensione dell'azione esecutiva intrapresa dal mutuante in sede di opposizione all'esecuzione.

Nel caso in esame, nel giudizio instaurato ex art. 615 c.p.c. dal fideiussore del mutuatario è stata preliminarmente definita la natura (contestata, quanto alla posizione del fideiussore medesimo) del titolo esecutivo sotteso all'atto di pignoramento della banca.

Ed a tal proposito il contratto di mutuo è stato considerato dal Tribunale di Chieti valido titolo esecutivo anche nei confronti del fideiussore.

Più specificamente, nel caso di specie l'opponente eccepiva il difetto di patto fideiussorio nell'atto notarile stipulato dalla banca alla presenza del fideiussore e contenente la mera dizione: "...ad ulteriore garanzia del mutuo... la parte mutuataria dichiara che i sigg.ri..., in proprio, presteranno fideiussione...". Il mutuo, pertanto, secondo l'assunto dell'opponente, era da ritenersi soltanto un impegno a stipulare successiva fideiussione, non potendo costituire titolo esecutivo nei confronti del garante.

Purtuttavia, ciò non è stato ritenuto dal giudicante sufficiente a dimostrare la insussistenza dell'assunto obbligo fideiussorio, sulla base dell'interpretazione data ex art. 1362 c.c. al contratto in oggetto ed alla comune volontà delle parti in esso consacrata.

Afferma, infatti, il Tribunale di Chieti che il fideiussore ha partecipato e sottoscritto l'atto a conferma dell'assunzione dei propri impegni e che : "Quanto all'utilizzo del verbo declinato al futuro "presteranno fidejussione", l'espressione non sottintende, evidentemente, una intenzione, per così dire, meramente preparatoria della pattuizione, con efficacia meramente obbligatoria e funzionale ad una successiva stipula, ma puramente e semplicemente

che la garanzia personale si attiverà nell'ipotesi di un eventuale, ed a quale tempo imprevedibile, inadempimento del debitore principale.”

Sulla ulteriore questione della legittimazione attiva del fideiussore, il giudice dell'esecuzione ha affermato che ogni eccezione relativa al titolo esecutivo compete esclusivamente al mutuatario-debitore principale e, pertanto, il fideiussore medesimo difetta di legittimazione a chiedere la sospensione dell'esecuzione.

In proposito è stato richiamato il consolidato principio della cassazione secondo cui, stante la natura dell'impegno del fideiussore: “Il carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria consente al fideiussore di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, ma non comporta l'attribuzione di una legittimazione sostitutiva per proporre le azioni che competono a quest'ultimo nei confronti del creditore, neppure quando le stesse si riferiscano alla posizione debitoria per la quale è stata prestata la garanzia, ostandovi anche il principio generale sancito dall'art. 81 c.p.c., secondo cui, in mancanza di un valido titolo che consenta la sostituzione, legittimato ad agire in giudizio è solo il titolare dell'interesse leso” (Cass. Sez. I, Ordinanza n. 31653 del 04/12/2019; conf. Cass., sez.I, n. 4830 del 28.3.2010; Cassazione civile, sez. VI, 7.1.2016, n. 119 con riferimento all'impugnazione dei crediti ammessi da parte del fideiussore del fallito).

In sostanza, ferme restando le eccezioni opponibili ex art. 1945 c.c., è privo di legittimazione ad agire il garante che intenda esercitare, nei confronti del creditore a favore del quale è stata prestata la garanzia, un diritto facente capo al garantito, posto che lo stesso diritto è da ritenersi estraneo alla sua sfera giuridica.

Resta salvo, però, il diritto del fideiussore di far accertare la nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa delle obbligazioni assunte dal debitore principale nei confronti del terzo, con la conseguenza che l'invalidità del contratto presupposto si estende a quello di garanzia (cfr. Tribunale Roma, sent. 8.1.2016).

L'argomento trova conforto nella giurisprudenza anche di merito (v. Tribunale Perugia, sent. 6.11.2019, n. 1714; conf. Tribunale Modena, sent. 6.6.2017, n. 1122; Trib. Tivoli, sent. 14.6.2017) e la soluzione prescelta dal Tribunale di Chieti sembra coerente con tali principi.

Per il criterio distintivo tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia (da qualificarsi tale anche la fideiussione contenente la clausola “a prima richiesta” e “senza eccezioni”), infine, v. da ultimo Cass., sez.I, 21.1.2020, n. 1186.

Maria Di Tillio

Tribunale di Teramo – sentenza 20 luglio 2020 n. 628 – est. Di Biase

Risarcimento danni per offesa alla reputazione e all'immagine personale e professionale. La propalazione diffamatoria lede, anche se il fatto illecito non integra gli estremi di reato, il sistema di tutela costituzionale della persona umana – Danno in *re ipsa*: non è configurabile - Prova del danno: è consentito il ricorso al notorio e alle presunzioni - Criterio di stima ai fini della liquidazione: rilevanza dell'offesa e posizione sociale della vittima - La provocazione ex art. 599 c.p. non esclude l'illiceità del fatto sul terreno civilistico.

La reputazione personale di un individuo viene lesa quando il soggetto è leso nella sua dignità e in quel prestigio di cui ogni persona gode indipendentemente dall'attività che svolge. Il diritto alla reputazione personale esiste anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, inquadrabile nel sistema di tutela costituzionale della persona umana e in particolare negli artt. 2 e 3 Cost.(1)

Nell'ipotesi in cui il pregiudizio arrecato attenga ad interessi di natura non economica aventi rilevanza sociale, la prova del danno si risolve nella dimostrazione di due condizioni: a. l'esistenza di un fatto produttivo di conseguenze pregiudizievoli; b. l'idoneità del fatto medesimo ad ingenerare una ripercussione dolorosa nella sfera personale del soggetto leso.(2)

L'esimente, quale la provocazione subita dal convenuto ex art. 599 c.p.c. esclude la punibilità del reato, ma non la sussistenza di un illecito civile e involge il consequenziale ragionamento logico della sussistenza del reato di diffamazione; peraltro, l'attentato all'onore e alla reputazione legittima sempre la persona offesa a domandare il ristoro del danno patrimoniale quand'anche il fatto illecito non integri gli estremi di alcun reato.(3)

*Il danno non patrimoniale da lesione dei diritti fondamentali, tipico danno conseguenza, non è in *re ipsa* alla lesione, ma deve essere provato e allegato da chi chiede il relativo risarcimento anche se è consentito il ricorso a valutazioni prognostiche e a presunzioni sulla base di elementi obiettivi che è onere del danneggiato fornire.(4)*

I parametri di riferimento ai quali il giudice di merito deve poter fare riferimento per far fronte ad una liquidazione equitativa del danno non patrimoniale con criteri presuntivi non possono che essere la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale del soggetto leso.(5)

(omissis)

Con atto di citazione del 15.04.2014 gli attori adivano l'intestato Tribunale per l'ottenimento del risarcimento dei danni non patrimoniali subiti a seguito dell'asserito fatto illecito messo in atto dal convenuto e concretizzatosi in data 24.02.2013 allorquando avrebbe pronunciato frasi offensive e lesive della loro reputazione alla presenza di più persone con le quali colloquiava nella piazza principale del paese di (*omissis*) riferendo alle stesse che, incontrato (*omissis*), lo stesso gli avrebbe richiesto l'acquisto e successiva donazione di un box auto ubicato nel parcheggio (*omissis*) a (*omissis*) del valore di € 38.000,00 al fine di poter ottenere l'assegnazione di un appalto pubblico relativo alla ristrutturazione del (*omissis*) alla cui progettazione aveva partecipato lo stesso convenuto, nell'interesse dell'altro attore (*omissis*) assessore dello stesso comune.

Ritenendo la sussistenza di un danno grave alla reputazione e alla immagine professionale e personale e la ricorrenza della fattispecie di reato punibile ai sensi dell'art. 595 c.p., gli attori chiedevano un risarcimento quantificato in € 20.000,00 cadauno o in quella maggiore o minore risultante di giustizia con il favore delle spese di lite.

Costituitasi la parte convenuta contestava ogni assunto e pretesa di una sua responsabilità sostenendo in buona sostanza la non ricorrenza del fatto di reato pur non disconoscendo l'avvenuto colloquio riguardando un mero fatto storico per come avvenuto nella realtà ed eccependo la carenza di danno con la relativa mancanza di prova, non potendosi configurare, anche e seppur in presenza di un fatto illecito, la ricorrenza di una liquidazione per danno *in re ipsa* oltre alla sussistenza della esimente della provocazione prevista al secondo comma dell'art. 599 c.p. per avere egli agito in uno stato d'ira scaturito dall'altrui fatto ingiusto.

Espletata la prova orale ammessa, alla odierna udienza fissata per la discussione e contestuale precisazione delle conclusioni, la causa viene decisa ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c..

Così fissato il *thema decidendum*, può sin d'ora rilevarsi che la domanda è fondata seppure da ridimensionare nel quantum richiesto in prima istanza.

A prescindere dall'esito del giudizio penale a suo tempo conclusosi, la questione sottoposta a questo giudicante - al di là di ogni aspetto che possa ricondurre ad una inopportuna valutazione su presunti fatti riprovevoli di non scarsa ricorrenza nelle cronache coinvolgenti prassi di malcostume negli ambienti dove si esercita l'amministrazione pubblica interagente col settore imprenditoriale - impone l'analisi della sussistenza o meno di una specifica fattispecie di reato verificatasi la quale si concretizza un diritto risarcitorio in sede civilistica della parte offesa dalla condotta lesiva di un diritto giuridica-

mente tutelabile.

Infatti ai sensi dell'art. 2043 c.c. è fatto illecito “qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto”. L'obbligazione che ne deriva consiste nel risarcire il danno che il fatto illecito ha cagionato ed ha ad oggetto il pagamento di una somma di danaro, che rappresenta l'equivalente monetario del danno in oggetto.

Il concetto di danno ingiusto si ricollega, lessicalmente, al romanistico *damnum iniuria datum* ed allude sia al danno che lede la situazione giuridica altrui (*damnum contra ius*), sia al danno ad altri cagionato non nell'esercizio di un proprio diritto (*damnum non iure*).

Nella fattispecie concreta risulta pacifico l'avvenuto colloquio del convenuto con tale (*omissis*) ed altri involgente fatti riconducibili alla richiesta di tangenti attraverso l'intercessione di un tecnico professionista in favore di un esponente politico comunale quale è stato l'attore (*omissis*) ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico, i quali fatti, ove non provati come effettivamente avvenuti, qualificerebbero una lesione della reputazione personale del presunto colluso o corruttore.

A riguardo questo giudicante non può che prendere atto della dichiarazione rilasciata in sede di interpellato del convenuto che sentito all'udienza del 3.06.2016 ha in sostanza reso una confessione giudiziale sui fatti avvenuti in data 24.02.2013 in piazza (*omissis*) allorquando riferisce di aver detto a tale (*omissis*) che uno degli attori, (*omissis*), lo aveva contattato per comunicargli che ai fini dell'aggiudicazione della commessa (riferita a lavori di appalto per la manutenzione di un edificio storico nel comune di (*omissis*)) sarebbe stato necessario che egli comprasse un garage di proprietà dello stesso attore (*omissis*) al fine di essere poi regalato al (*omissis*) quale assessore dello stesso comune. (*omissis*)

Anche la prova testimoniale espletata ha offerto supporto probatorio alle ragioni poste a sostegno della domanda attorea laddove il primo dei testi escussi, della cui attendibilità non vi sono ragioni per dubitare, ha riferito di aver sentito il convenuto, alla presenza di un gruppo di persone, lamentarsi del fatto che “gli appalti venivano dati ad aziende esterne secondo lui dietro compenso” e di “una transazione avvenuta tramite (*omissis*) in favore di (*omissis*)”. Il teste continua riferendosi a delle frasi proferite dal (*omissis*) a più persone sulla aggiudicazione dell'appalto ad altra ditta il cui titolare aveva comprato il garage per cederlo al (*omissis*) e di saperlo in quanto era la stessa offerta ricevuta da lui stesso e non accettata. (*omissis*)

Dello stesso tenore l'altra testimonianza del secondo teste di parte attrice il quale espressamente si riferisce al fatto di aver sentito il convenuto raccon-

tare a 4/5 persone di una tangente, nello specifico del garage di cui al capitolo B, da dare a (*omissis*) al fine di potersi aggiudicare i lavori. (*omissis*)

Tali emergenze probatorie sui fatti costituenti la specifica fattispecie, sono sufficienti a riconoscere provata la domanda di richiesta risarcitoria a prescindere dalle ulteriori disquisizioni sulla improbabilità della addotta condotta criminosa degli attori.

Va per converso sottolineato che la reputazione personale di un individuo viene lesa quando il soggetto è leso nella sua dignità e in quel prestigio di cui ogni persona gode indipendentemente dall'attività che svolge.

È pacifico l'orientamento giurisprudenziale che ritiene esista un vero e proprio diritto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, inquadrabile nel sistema di tutela costituzionale della persona umana e in particolare nell'art. 2 e 3 Cost. e nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona.

La lesione della reputazione personale – intesa come onore e prestigio, ossia la reputazione che il soggetto gode come persona umana tra gli altri consociati – deve essere valutata *in abstracto*, cioè con riferimento al contenuto della reputazione come si è formata nella comune coscienza sociale di un determinato momento e non *quam suis*, e cioè alla considerazione che ciascuno ha della sua reputazione. (Cass. sez. I civ., 09/06/2017, n.14447).

Il diritto alla reputazione personale deve essere dunque classificato quale diritto della personalità e ancorato all'art. 2 Cost; vale a dire che il diritto alla reputazione è un diritto soggettivo perfetto riconosciuto dalla nostra carta costituzionale unitamente ad altri diritti inerenti la persona, quali l'immagine, il nome, l'onore, la riservatezza, ecc..

Quanto ai danni non patrimoniali derivanti da una condotta diffamante, essi consistono nella lesione dell'onore, della reputazione e dell'immagine e il diritto al risarcimento si fonda sul combinato disposto degli artt. 595 co. 3 e 185 c.p. nonché sulla lesione dei suddetti valori costituzionalmente garantiti.

In ipotesi, come nel caso concreto, che il pregiudizio arrecato attenga ad interessi di natura non economica aventi rilevanza sociale, la prova del danno si risolve nella dimostrazione di due condizioni, cioè l'esistenza di un fatto produttivo di conseguenze pregiudizievoli, venutosi a concretizzare per quanto sin qui argomentato ed emerso al cospetto della prova orale, nonché l'idoneità del fatto medesimo ad ingenerare una ripercussione "dolorosa" nella sfera personale del soggetto leso. Tale secondo presupposto, afferente al cosiddetto danno morale, il quale può sussistere come autonoma figura di danno quando è completamente svincolato dal danno biologico, può ritenersi integrato anche sulla base di presunzioni semplici e la sua liquidazione va

disposta con criteri equitativi. (Cass. sez I civ. 4.02.2016 n. 2197).

Inoltre, a prescindere dal fatto che la ritenuta sussistenza di una esimente, quale la addotta provocazione subita dal convenuto ex art. 599 c.p. che esclude la punibilità del reato ma non la sussistenza di un illecito civile, involge il consequenziale ragionamento logico della sussistenza del reato di diffamazione, va evidenziato pure che un recente arresto giurisprudenziale, facendo leva sulla addotta qualità afferente a diritti della persona costituzionalmente garantiti, ha riconosciuto che l'attentato all'onore e alla reputazione legittima sempre la persona offesa a domandare il ristoro del danno non patrimoniale, quand'anche il fatto illecito non integri gli estremi di alcun reato. (Cass. sez. III, 15/06/2018, n.15742).

Con riferimento a tale ultimo aspetto, secondo un consolidato e recente orientamento offerto dalla Suprema Corte, il danno non patrimoniale da lesione dei diritti fondamentali, tipico danno- conseguenza, non è "*in re ipsa*" alla lesione ma deve essere allegato e provato da chi chiede il relativo risarcimento anche se è consentito il ricorso a valutazioni prognostiche e a presunzioni sulla base di elementi obiettivi che è onere del danneggiato fornire. Anche il danno all'onore e alla reputazione non è "*in re ipsa*", identificandosi il danno risarcibile non con la lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento ma con le conseguenze di tale lesioni, sicché la sussistenza di siffatto nocumento deve essere oggetto di prova, anche attraverso presunzioni. (Cass. sez. I civ., 16/04/2018, n.9385).

I parametri di riferimento ai quali questo giudice deve poter fare riferimento per far fronte ad una liquidazione equitativa del danno non patrimoniale con criteri presuntivi non possono che essere la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale del soggetto leso.

Nella fattispecie per cui è causa assume un certo rilievo la circostanza della figura professionale del (*omissis*) che pratica l'attività di libero professionista nel territorio del comune e la carica politica, quindi pubblica, ricoperta dal (*omissis*) nel medesimo contesto sociale.

La diffusione dei fatti screditanti va verosimilmente ritenuta molto celere e capillare in tale contesto sociale di ridotta estensione con conseguenze pregiudizievoli per la fiducia che ogni professionista deve infondere nella propria clientela con la relativa possibilità di riduzione della stessa con consequenziale perdita di guadagno per il primo e la possibilità concreta di perdita di credibilità e di chance di carriera politica per il secondo.

Tali aspetti rappresentano delle presunzioni che assumono il carattere della gravità, precisione e concordanza e inducono questo giudicante alla liquidazione del danno in via equitativa stante la estrema difficoltà di stimare

analiticamente un danno reputazionale al cospetto del recente arresto giurisprudenziale il quale identifica il danno all'onore e alla reputazione in quel "perturbamento psichico e sofferenza derivante dall'illecito" che "può in sostanza intendersi quale conseguenza normale, ancorchè non automatica e necessaria, della violazione del diritto". (Cass. civ. Sez. III, sent., 17-01-2019, n. 1046; Cass. sent. 18.02.2020 n. 4005; ord. 26 ottobre 2017 n.25420).

Essendo pertanto certa o quantomeno molto probabile l'esistenza di un pregiudizio economico, potendo essere applicato l'art. 1226 c.c. stante la estrema difficoltà di una stima puntuale del danno e alla luce delle rappresentate emergenze probatorie nonché di sopra descritti aspetti presuntivi per la sussistenza di un effettivo pregiudizio, questo giudice riconosce e liquida con ricorso alla stima equitativa a favore dell'attore (*omissis*) la somma di € 10.000 e all'attore (*omissis*) la minore somma di € 6.000,00.

(*omissis*)

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

1. Il Tribunale di Teramo, con la sentenza in esame – che si distingue per la capacità di sintesi e per il richiamo puntuale ad autorevoli e stabili arresti giurisprudenziali di vertice - ha accolto la domanda di risarcimento del danno alla reputazione ed al decoro personale e professionale da diffamazione.

Al fine di valutare la fondatezza della domanda risarcitoria derivante dall'episodio diffamatorio il Giudice ha evidenziato la rilevanza costituzionale del diritto alla reputazione, meritevole di tutela al pari di quelli all'immagine, al nome, all'onore, alla riservatezza (v. infra).

È opportuno ricordare l'orientamento consolidatosi da tempo (Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972; Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350), che esclude la sussistenza di un danno non patrimoniale in re ipsa, sia che esso derivi da reato, sia che derivi dalla lesione di diritti costituzionalmente garantiti, e, tra questi, il diritto all'onore ed alla reputazione della persona fisica (di recente: Cass. 4 giugno 2020 n. 10596; App. Aq 27 gennaio 2020 n. 132).

La lesione alla reputazione – intesa, secondo definizioni tralaticie, ma ancora in auge, come onore e prestigio – deve essere valutata in abstracto, cioè con riferimento al contenuto della reputazione come si è formata nella comune coscienza sociale di un determinato momento e non quam suis, cioè alla considerazione che ciascuno ha della sua reputazione (Cass. 9 giugno 2017 n.14447; Cass. 21 giugno 2016 n. 12813; Cass. 18 settembre 2009 n. 20120; Cass. 10 maggio 2001 n. 6507).

Ai fini della risarcibilità del danno non patrimoniale è necessario dunque che vengano lesi diritti inviolabili di rango costituzionale, tra i quali rientrano a pieno titolo quelli all'onore ed alla reputazione, costituenti al contempo bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice del reato di diffamazione e diritti protetti a livello costituzionale dagli artt. 2 e 3 Cost. (Corte Cost. 3 febbraio 1994 n. 13; Cass. 15 giugno 2018, n. 15742: per incidens, si rammenta che i diritti inviolabili, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 della Carta Costituzionale, non solo costituiscono i cardini dell'ordinamento costituzionale, ma definiscono la nostra forma di Stato democratico e sono essenziali per la sua stessa sopravvivenza, rappresentando una manifestazione del principio personalistico che identifica il soggetto nelle relazioni sociali.

Quanto ai criteri per la determinazione equitativa della liquidazione del danno, il Tribunale di Teramo ha aderito al consolidato orientamento giurisprudenziale che identifica il danno all'onore e alla reputazione in quel "perturbamento psichico e sofferenza derivante dall'illecito" che "può in sostanza intendersi quale conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria della violazione del diritto (Cass. 17 gennaio 2019 n. 1046; Cass. 18 febbraio 2020 n. 4005; Cass. 26 ottobre 2017 n. 25420).

Ai fini della ricostruzione del danno economicamente quantificabile, la sentenza aderisce espressamente alla prassi giurisprudenziale che ha tipizzato i criteri di stima, privilegiando, tra l'altro, il disvalore dell'accusa portata a personaggi pubblici.

Ed invero, "stabilire se un'espressione, uno scritto, un documento, siano effettivamente lesivi dell'onore e della reputazione altrui costituisce un accertamento in fatto da svolgersi tenendo conto di allegazioni e prova, anche attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, della diffusione dello scritto, della rilevanza dell'offesa e della posizione sociale della vittima. La valutazione del danno morale va svolta con ragionamento inevitabilmente presuntivo, data l'impalpabilità del danno reputazionale" (Cass. 18 febbraio 2020, n. 4005). Dello stesso tenore Corte di Appello di Venezia: "in tema di risarcimento del danno causato da diffamazione a mezzo stampa, la prova del danno non patrimoniale può essere fornita con il ricorso al notorio e tramite presunzioni, assumendo come idonei parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale" (App. Venezia 4 febbraio 2020 n. 352; App. L'Aquila 27 gennaio 2020 n. 132).

La rilevanza dell'offesa, la posizione sociale dei soggetti lesi, la celere e capillare diffusione del fatto screditante nel contesto sociale di ridotte dimensioni, costituiscono - ad avviso del giudice - presunzioni gravi precise

e concordanti che lo hanno indotto a ritenere integrati i presupposti per la liquidazione equitativa del danno in applicazione dell'art. 1226 c.c. I risultati dell'indagine sul fatto sono stati coerentemente ricondotti al modello decisionale elaborato dalla giurisprudenza di vertice, secondo cui ove si riscontri l'estrema difficoltà di una stima puntuale, la prova del danno morale da reputazione può essere anche presuntiva (Cass. 18 novembre 2014, n. 24474; Cass. 26 ottobre 2017, n. 25420), perché la sua liquidazione “va necessariamente operata con criteri equitativi, il ricorso ai quali è insito nella natura del danno e nella funzione del risarcimento, realizzato mediante la dazione di una somma di denaro compensativa di un pregiudizio di tipo non economico” (Cass. 5 dicembre 2014, n. 25739) e rapportata alla “personalità del soggetto diffamato, alla sua posizione professionale e sociale” (Cass. 04 febbraio 2016, n. 2197; Cass. 26 ottobre 2017, n. 25420).

Anche orientamenti apparentemente minoritari secondo i quali “la prova del danno subito a seguito dell'azione diffamatoria possa essere data con ricorso al notorio, ed anche tramite presunzioni; una volta dimostrata la lesione della reputazione professionale o personale, che va valutata con riferimento al contenuto della reputazione quale si è formata nella coscienza sociale di un determinato momento storico, il danno è in re ipsa, in quanto è costituito dalla diminuzione di un valore, benché non patrimoniale, della persona umana” (Cass. 28 settembre 2012 n. 16543; Cass. 28 ottobre 2011 n. 6481; Cass. 18 settembre 2009 n. 20120; Cass. 10 maggio 2001 n. 6507), pur evocando la discussa categoria del danno evento in re ipsa, nella sostanza riconciliano le apparenti contraddizioni esigendo dal giudice di merito la prova del (la conseguenza) danno subito.

2. La sentenza in esame affronta, con un obiter dictum, la questione relativa alle implicazioni civilistiche della scusante della provocazione ai sensi dell'art. 599 c.p. ritenendo – condivisibilmente – che la stessa escluda la punibilità del reato, ma non la sussistenza di un illecito civile precisando che “l'attentato all'onore e alla reputazione legittima sempre la persona offesa a domandare il ristoro del danno non patrimoniale, quand'anche il fatto illecito non integri gli estremi di alcun reato” (Cass. 15 giugno 2018 n. 15742).

Secondo un consolidato orientamento della Suprema Corte, la provocazione di cui all'art. 599 comma 2 c.p. - escludendo la punibilità del reato di diffamazione, ma non anche la natura di illecito civile del fatto, né la conseguente obbligazione risarcitoria del danno subito dal soggetto leso - si configura non tanto come esimente ma quale scusante, idonea ad eliminare solo la rimproverabilità della condotta dell'autore del fatto in ragione delle motivazioni del suo agire, pur restando il fatto imputabile a titolo di dolo e, dunque,

illecito (Cass. 4 febbraio 2016 n. 2197; Cass. 15 dicembre 2004 n. 23366; Cass. 18 ottobre 2005 n. 20137; App. Aq. 12 aprile 2018 n. 680).

Anche la più autorevole letteratura, ritiene quella prevista dall'art. 599 c.p., comma 2, non una scriminante, o esimente o causa di giustificazione, ma una scusante, che esclude solo la colpevolezza per il fatto pur tipicamente illecito.

Per completezza, va rilevato che la giurisprudenza penale qualifica abitualmente l'istituto regolato dall'art. 599 c.p., comma 2, come esimente o scriminante; si obietta che, se non esclude l'illiceità dell'ingiuria o della diffamazione, la provocazione non assurge a causa di giustificazione, che eliderebbe la stessa antigiusuridicità del fatto, ma degrada a mera scusante, che esclude solo la colpevolezza penale dell'autore, non più intesa come mera imputabilità psicologica del fatto, ma come rimproverabilità della condotta in ragione anche delle motivazioni ad agire. In questa impostazione dunque, benché il fatto rimanga imputabile a titolo di dolo e perciò anche illecito, è esclusa soltanto la responsabilità penale per difetto di colpevolezza: Cass. 4 febbraio 2016 n. 2197.

Francesca Tattoni

Tribunale di Teramo – sentenza 23 luglio 2020 n. 638 – est. Mastro – C.M. c. E. S.R.L. e D. G. P.

Applicazione dell'art. 2967 c.c. nell'ambito delle azioni di accertamento negativo. La norma che governa la disciplina del riparto dell'onere probatorio, nel caso di accertamento negativo del fatto oggetto del giudizio, va interpretata mitigando il suo significato letterale attraverso il principio della vicinanza della prova, considerando il rapporto sostanziale dedotto in giudizio. L'art. 167, 2° comma, nel sancire la decadenza delle domande riconvenzionali e delle eccezioni in senso stretto intempestivamente sollevate, tutela non un mero interesse privato, ma l'interesse pubblico alla ragionevole durata del processo.

In tema di riparto dell'onere della prova, occorre tenere in considerazione il rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Pertanto, grava sul creditore, anche se convenuto in un'azione di accertamento negativo, dimostrare il fatto costitutivo della sua pretesa.(1)

Il creditore convenuto in azione di accertamento negativo, così come l'opposto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, è attore in senso sostanziale e deve fornire la prova del suo credito.(2)

Il creditore di un'obbligazione scaturente da un contratto deve provare il titolo da cui deriva il proprio diritto di credito, potendosi limitare ad allegare l'altrui inadempimento, incombendo invece in capo al debitore l'onere di provare di aver adempiuto ovvero che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. Chi invece eccepisce che il diritto azionato non è sorto ovvero si è modificato o estinto ha l'onere di provare il fatto impeditivo, modificativo o estintivo invocato.(3)

La violazione della disposizione di cui all'art. 167, 2° comma, che impone di proporre la domanda riconvenzionale e sollevare le eccezioni in senso stretto con la comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata, non pregiudica un mero interesse privato, ma l'interesse pubblico a scongiurare il protrarsi dei tempi del procedimento, essendo le preclusioni ispirate ad esigenza di ordine pubblico processuale, pertanto rilevabili d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio, a meno che sulla tempestività della proposizione della domanda non si sia formato un giudicato, sia pure implicito.(4)

(omissis)

Con atto di citazione regolarmente notificato, *(omissis)* ha convenuto in

giudizio dinanzi all'intestato Tribunale la società unipersonale (*omissis*) s.r.l. e (*omissis*), per ivi sentir accertare e dichiarare come non dovute le somme pretese da (*omissis*), come risultanti dalla fattura n. 6/2012, indicando in ogni caso, quale effettivo debitore (*omissis*).

A sostegno della domanda proposta, l'attore ha esposto quanto segue:

- di aver affittato l'unità immobiliare di sua proprietà sita in (*omissis*) adibita ad agriturismo, con annesso terreno agricolo a (*omissis*), con contratto del 3.3.2010;
- di aver contestato all'affittuario, nonché a (*omissis*) e (*omissis*), reiterate condotte lesive del possesso e legittimanti l'azione di reintegra e/o manutenzione ex art. 703 c.p.c.;
- che, nello specifico, nel mese di marzo 2011 il (*omissis*), titolare della (*omissis*) e il (*omissis*), si erano ingeriti nella gestione dell'attività agrituristica con il tacito consenso dell'affittuario;
- che gli stessi avevano realizzato sull'immobile delle opere che avevano comportato una illegittima modifica dello stesso;
- di aver ricevuto, in data 12.3.2012 una fattura da (*omissis*) s.r.l. recante l'importo di € 154.880,00 per il pagamento dei lavori eseguiti all'interno della struttura agrituristica, deducendo tuttavia di non aver mai commissionato e autorizzato tali opere.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata in data 18 settembre 2012, si è costituita in giudizio (*omissis*) s.r.l., respingendo la ricostruzione della vicenda operata dall'attore, ed affermando che i lavori eseguiti nella struttura agrituristica oggetto di causa erano stati commissionati dallo stesso (*omissis*), il quale aveva a tal fine provveduto a richiedere a proprio nome le necessarie autorizzazioni agli enti preposti.

La società convenuta ha evidenziato inoltre che l'attore aveva provveduto all'acquisto di alcuni materiali necessari ai lavori di ristrutturazione ed era stato sempre presente sul cantiere per monitorare l'andamento dei lavori, unitamente al figlio (*omissis*), fornendo direttive e partecipando con l'ausilio di mezzi di sua proprietà.

(*omissis*) ha concluso chiedendo il rigetto della domanda attorea, e conseguentemente accertarsi del credito maturato nei confronti del (*omissis*).

Con comparsa di costituzione e risposta depositata in udienza in data 19.9.2012 si è costituito in giudizio (*omissis*), deducendo di essere totalmente estraneo ai rapporti intercorsi tra il (*omissis*) e la società (*omissis*), in quanto i lavori effettuati nell'agriturismo erano stati commissionati dal (*omissis*) stesso, e chiedendo pertanto l'integrale rigetto della domanda attorea.

La causa è stata istruita mediante l'audizione di testimoni e all'udienza

del 15.7.2020 è stata assunta in decisione, sulle conclusioni contestualmente declinate dalle parti, senza assegnazione dei termini ex art. 190 c.p.c., stante l'espressa rinuncia formulata in tal senso dai difensori delle parti.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è fondata e come tale deve essere accolta per le ragioni di seguito esposte.

L'azione spiegata dall'attore è un'azione di accertamento negativo, riguardante il credito vantato dalla società (*omissis*) per i lavori svolti presso l'agriturismo di proprietà del (*omissis*) e condotto in locazione da (*omissis*).

Nello specifico, l'attore assume di non aver mai commissionato i lavori effettuati presso l'immobile di sua proprietà e – pertanto – ritiene di non dovere alcunché a tale titolo all'impresa di proprietà del (*omissis*).

Ebbene, è necessario svolgere una premessa in punto di diritto in ordine all'atteggiarsi dell'onere della prova in tema di azioni di accertamento.

Al riguardo, sino al 2008 era pressoché pacifica in giurisprudenza la tesi secondo cui l'onere della prova, anche nelle azioni di accertamento negativo, doveva gravare sul soggetto che agisce in giudizio.

A partire dal 2008, però, con la sentenza delle Sezioni Unite n. 19762/2008, si è registrata una inversione di tendenza, partendo dal presupposto che l'azione di accertamento negativo viene generalmente proposta da un soggetto che vi è indotto o da una richiesta stragiudiziale del creditore oppure costretto per effetto di atti di esercizio del diritto.

L'orientamento tradizionale aggravava ingiustificatamente la posizione del debitore poiché l'attore in accertamento negativo, invero, non fa valere un diritto in giudizio così come richiesto dall'art. 2697 c.c., ma - al contrario - ne postula l'inesistenza.

È invece il convenuto che virtualmente o concretamente fa valere tale diritto, essendo la parte controinteressata rispetto all'azione di accertamento negativo.

Del resto, le regole di distribuzione dell'onere della prova previste dall'art. 2967 c.c. sono fondate non già sulla posizione della parte nel processo, ma sul criterio di natura sostanziale relativo al tipo di efficacia, rispetto al diritto oggetto del giudizio e all'interesse delle parti, dei fatti incidenti sul medesimo, sicché attribuire rilievo all'iniziativa processuale significherebbe alterare in radice i criteri previsti dalla legge per la distribuzione dell'onere della prova, in caso di accertamento negativo addossando al soggetto passivo del rapporto l'onere della prova circa i fatti costitutivi del diritto e quindi imponendogli generalmente la prova di fatti negativi, astrattamente possibile ma

spesso assai difficile.

È senz'altro più ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte a cui è più vicino il fatto da provare.

La giurisprudenza successiva ha confermato questo orientamento, ribadendo che occorre tenere in considerazione il rapporto sostanziale dedotto in giudizio, pertanto grava sul creditore, anche se convenuto in una azione di accertamento negativo, dimostrare il fatto costitutivo della sua pretesa (cfr. in tal senso Cass. 16917/2012; Cass. 10.11.2010 n. 22862; Cass. 10.9.2010 n. 19354; Cass. 18.5.2010 n. 12108).

Pertanto, in virtù delle superiori considerazioni, deriva che l'onere della prova nella presente causa grava sulla creditrice (*omissis*) s.r.l.

Occorre allora passare all'esame delle prove fornite dalla stessa a supporto della sua pretesa creditoria, atteso che il creditore convenuto in azione di accertamento negativo, così come l'opposto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, è attore in senso sostanziale e deve fornire la prova del suo credito.

Parte attrice ha dedotto, a fondamento della domanda, l'assenza di un contratto scritto che provi l'accordo avente ad oggetto i lavori svolti, affermando che gli stessi siano stati commissionati dall'affittuario.

Secondo il riparto dell'onere probatorio sancito dall'articolo 2697 c.c. il creditore di un'obbligazione scaturente da un contratto deve provare il titolo da cui deriva il proprio diritto di credito, potendosi limitare ad allegare l'altrui inadempimento, incombendo invece in capo al debitore l'onere di provare di aver adempiuto ovvero che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. Chi invece eccepisce che il diritto azionato non è sorto ovvero si è modificato o estinto ha l'onere di provare il fatto impeditivo, modificativo o estintivo invocato.

Nel caso in esame parte attrice non ha fornito prova scritta del contratto di appalto che allega quale fonte del proprio credito, in quanto la convenzione tra le parti sarebbe stata conclusa solo oralmente.

L'appalto, contratto tipico previsto dal codice civile, non è tuttavia contratto per cui la legge imponga la forma scritta, né *ad substantiam*, né *ad probationem*.

Avendo quindi riguardo alla prassi commerciale ed alle circostanze del caso concreto, deve quindi ritenersi che la sua conclusione possa essere provata anche in via non documentale.

Nella vicenda che qui ci occupa, la prova in ordine all'esistenza di un accordo tra le parti non può dirsi raggiunta, in ragione delle risultanze probatorie contrastanti e non chiarite neanche all'esito dell'istruttoria svolta.

È pacifico che non sia mai stato sottoscritto un contratto riguardante i lavori di ristrutturazione effettuati da (*omissis*), così come non è oggetto di contestazione che tali lavori siano stati effettivamente svolti.

La questione problematica dalla quale dipende la risoluzione della controversia attiene all'individuazione del committente di tali lavori.

Al riguardo, gli elementi forniti dalla società convenuta rappresentano dei meri indizi che tuttavia non possono assurgere a prova della fonte negoziale del credito vantato nei confronti del (*omissis*), neppure se unitariamente considerati.

È emerso, invero, che il (*omissis*) abbia richiesto alcune autorizzazioni alle autorità amministrative competenti per poter procedere ai lavori, così come alcuni dei testi escussi hanno confermato la costante presenza del (*omissis*) sul cantiere oggetto di causa; è evidente, inoltre, in quanto dimostrato *per tabulas*, che l'attore abbia provveduto all'acquisto di parte del materiale per lo svolgimento delle opere di ristrutturazione.

È possibile affermare, alla luce di tali elementi, che il (*omissis*) fosse al corrente dei lavori che si stavano svolgendo sulla sua proprietà e che li avesse in qualche modo autorizzati, così come già evidenziato nell'ordinanza resa all'esito del giudizio possessorio, tuttavia, da tale assunto non può desumersi che tra il (*omissis*) e la società (*omissis*) vi fosse un accordo in virtù del quale, a fronte dei lavori effettuati, il (*omissis*) si impegnava a pagare, quale corrispettivo, l'importo indicato nella fattura inviata al termine dei lavori.

È più verosimile affermare, al contrario, che la vicenda si sia svolta diversamente e che il legale rappresentante della (*omissis*) fosse interessato ad acquisire la gestione dell'agriturismo sostituendosi al (*omissis*), ed abbia effettuato i lavori oggetto di causa assumendosi i relativi oneri proprio in vista dell'imminente subentro, di fatto mai avvenuto per ragioni che non è stato possibile appurare.

Tale ricostruzione è stata confermata dal teste (*omissis*), il quale, sentito anche nel giudizio possessorio in qualità di informatore, ha riferito di aver appreso da tale (*omissis*) che sarebbe divenuto titolare dell'agriturismo insieme al (*omissis*) (titolare della (*omissis*)) e che erano in corso "grandi trasformazioni e progetti relativi alla struttura".

Anche il teste (*omissis*) ha confermato questa versione dei fatti, sia nel giudizio possessorio che in quello di cognizione incardinato dal (*omissis*).

In particolare, in sede possessoria ha dichiarato quanto segue: "ho lavorato per (*omissis*) nell'agriturismo, facevo cuoca, cameriera in sala e per le camere. (*omissis*) mi diceva che doveva subentrare al posto di (*omissis*). (*omissis*) l'ho visto due volte, ho lavorato a Pasqua 2011, 10, 11 giorni e

in quella occasione ho visto il (*omissis*). Il (*omissis*) era il braccio destro di (*omissis*), a lui dovevo rivolgermi per tutto, il (*omissis*) non gestiva l'azienda; lì chi gestiva erano il (*omissis*) e il (*omissis*) [...] so che molte volte hanno fatto degli incontri (*omissis*), (*omissis*) e (*omissis*) solo per parlare del locale. Mi hanno poi riferito che (*omissis*) aveva molti debiti e che (*omissis*) doveva dare una somma a (*omissis*) ad estinzione dei suoi debiti e che dopo avrebbe rilevato la gestione dell'azienda agrituristica [...] ci fu una scrittura privata tra (*omissis*) e (*omissis*). Il (*omissis*) mi disse che voleva scalare dall'affitto i costi dei lavori e che se poi fosse andata male l'attività i costi li avrebbe pagati il proprietario. (*omissis*) non ha mai autorizzato i lavori, anzi una volta ho visto il (*omissis*) discutere con (*omissis*), perché era contrario ai lavori.”

Ascoltata in qualità di testimone in occasione del presente giudizio, la (*omissis*) ha confermato quanto già dichiarato in precedenza, aggiungendo che “(*omissis*) non mi ha mai riferito di essere stato autorizzato dal sig. (*omissis*) ed ha aggiunto più volte che i lavori li faceva a sue spese”.

Anche (*omissis*) ha confermato l'esistenza di un accordo in virtù del quale il (*omissis*) avrebbe dovuto acquisire la gestione dell'agriturismo: “ho lavorato presso l'agriturismo in cucina e come cameriera nell'anno 2011, circa dal 10 gennaio ad aprile. Io lavoravo per (*omissis*). Il signor (*omissis*) è arrivato successivamente rispetto alla mia assunzione. Posso riferire che qualche giorno prima dell'aprile 2011 erano a cena nell'agriturismo (*omissis*), un tale (*omissis*) e (*omissis*) ed il loro commercialista. Questi lasciarono un foglio sul tavolo che io sparecchiando ho avuto modo di leggere in cui c'era scritto che il signor (*omissis*) sarebbe diventato il vero gestore del locale, mentre esso locale rimaneva formalmente intestato al (*omissis*). Come controprestazione, il (*omissis*) si impegnava a pagare tutti i debiti del (*omissis*) ed uno stipendio mensile a quest'ultimo che avrebbe continuato a lavorare come cuoco. Ciò voleva dire che la gestione effettiva del locale sarebbe passata nelle mani del (*omissis*). Il foglio di carta che ho letto era un contratto perché era firmato non mi ricordo da quante persone e non so a chi erano riconducibili le firme. Inoltre specifico che (*omissis*) mi parlò personalmente dell'accordo suddetto, riferendomi che in forza di quell'accordo il (*omissis*) avrebbe pagato i suoi debiti ed indirettamente sarei stata pagata anche io che avanzavo degli stipendi. In realtà ciò non accadde perciò me ne andai. Nel documento non era menzionato il sig. (*omissis*), né (*omissis*) mi parlò di lui”.

(*omissis*), sentito in entrambi i giudizi che hanno visto coinvolte le odierne parti processuali, ha confermato di aver fornito al (*omissis*) il materiale per la fossa (*omissis*), e di essere stato pagato da quest'ultimo, circostanza peraltro incontestata.

In definitiva, a fronte dei numerosi testi escussi, (*omissis*) è stato l'unico ad affermare che i lavori oggetto di causa siano stati commissionati dal (*omissis*): tanto è stato riferito sia nel presente giudizio che in quello possessorio, tuttavia, oltre a non potersi attribuire rilievo probatorio assoluto ad una testimonianza del tutto isolata e contrastante con le restanti dichiarazioni, deve rilevarsi come lo stesso (*omissis*) all'epoca del giudizio possessorio era dipendente della (*omissis*), di talché la sua posizione non può essere considerata equidistante rispetto alle parti coinvolte nella controversia.

Pertanto, alla luce dell'istruttoria svolta e delle dichiarazioni testimoniali raccolte, deve addivenirsi all'accoglimento della domanda attorea non avendo dimostrato la società che assume essere creditrice l'esistenza di un accordo negoziale per lo svolgimento dei lavori effettuati presso l'agriturismo di proprietà di (*omissis*).

Né può trovare accoglimento la domanda riconvenzionale ex art. 2041 c.c. proposta in via subordinata dalla società convenuta.

Tale domanda è invero inammissibile essendo stata proposta tardivamente, oltre i termini di cui all'art. 166 c.p.c.: infatti (*omissis*) è stata citata dall'attore a comparire all'udienza del 24 luglio 2012, ma la società si è costituita in giudizio in data 18 settembre 2012, ben oltre il termine di venti giorni prima dell'udienza di comparizione fissata nell'atto di citazione.

Al riguardo, giova rammentare che l'art. 167 c.p.c. dispone espressamente che il convenuto che intenda proporre domande riconvenzionali, eccezioni non rilevabili d'ufficio o chiamare terzi in causa, deve necessariamente farlo a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata.

Si osservi, infine, che la sanzione della decadenza, che l'art. 167, comma 2, contempla per l'inosservanza dell'onere di proporre la domanda riconvenzionale e le eccezioni in senso stretto con la comparsa di costituzione, è ispirata alla ratio di garantire la celerità e la concentrazione dei procedimenti civili, e perciò la relativa violazione viene considerata pregiudizievole non di un mero interesse privato, ma dell'interesse pubblico a scongiurare il protrarsi dei tempi del procedimento, essendo le preclusioni ispirate ad esigenza di ordine pubblico processuale, e come tale è rilevabile d'ufficio dal giudice anche in sede di impugnazione, a meno che sulla tempestività della proposizione della domanda non si sia formato un giudicato sia pure implicito (Cass. II, n. 4901/2007; Cass. II, n. 19453/2005; Cass. II, n. 25598/2011).

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo (*omissis*)

NOTA (1)(2)(3)(4)

La sentenza in esame ha accolto la domanda di accertamento negativo, volta a far dichiarare l'inesistenza di un contratto di appalto fra il proprietario di un fondo (concesso in locazione) e una società edile che, avendo affermato stragiudizialmente di aver effettuato lavori sull'immobile, ne pretendeva il pagamento da parte dell'attore.

In via preliminare, il Giudice ha affrontato la questione giuridica attinente al riparto dell'onere della prova in tema di tutela di mero accertamento (negativo).

Coerentemente rispetto all'orientamento prevalente nella giurisprudenza di legittimità e di merito, il giudicante ha posto come perno della sua decisione il rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Partendo da tale presupposto, ha raggiunto la conclusione secondo la quale sarebbe iniquo, nella fattispecie in esame, imporre all'attore, come avverrebbe praticando un'interpretazione superficialmente letterale dell'art. 2967 c.c., di dimostrare il mancato verificarsi dei fatti che fondano la pretesa del convenuto, consentendo a quest'ultimo, nonostante abbia agitato le sue pretese creditorie, spingendo il debitore ad agire in giudizio per farne accertare l'inesistenza, di beneficiare degli effetti del mancato raggiungimento della prova in sede processuale.

La decisione, interessante anche per l'attenta ricostruzione storica della giurisprudenza sul tema, ricorda come, fino al 2008, nelle ipotesi di accertamento negativo, il Supremo Collegio fosse orientato nel senso di applicare l'art. 2967 c.c. in senso letterale, ossia gravando dell'onere della prova chi rivestisse il ruolo di attore dal punto di vista processuale.

A partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 19762 del 17 luglio 2008, secondo cui "In tema di onere della prova, trovano applicazione i principi generali di cui all'art. 2697 c.c. anche nell'ipotesi in cui la causa sia stata instaurata dal debitore con azione di accertamento negativo. Pertanto, anche in tale situazione sono a carico del creditore le conseguenze della mancata dimostrazione degli elementi costitutivi della pretesa", la decisione in analisi afferma come si sia registrata un'inversione di tendenza "partendo dal presupposto che l'azione di accertamento negativo viene generalmente proposta da un soggetto che vi è indotto o da una richiesta stragiudiziale del creditore oppure costretto per effetto di atti di esercizio del diritto. L'orientamento tradizionale aggravava ingiustificatamente la posizione del debitore poiché l'attore in accertamento negativo, invero, non fa valere un diritto in giudizio così come richiesto dall'art. 2697 c.c., ma - al contrario - ne postula l'inesistenza" (v. pag. 3 della sentenza). Sostanzialmente, si assiste al medesimo

meccanismo che opera in tutte le ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo, nelle quali l'attore in senso formale è in realtà il debitore cui è stato chiesto il pagamento da colui che nel processo assumerà la veste di convenuto. Il ragionamento giuridico, che impone il cambio di rotta della giurisprudenza di vertice e fonda la decisione in esame, parte proprio dalla considerazione secondo cui chi esperisce l'azione di accertamento negativo svolge, in sostanza ed indipendentemente dalla veste processuale formalmente assunta, il ruolo di soggetto passivo (ex latere debitoris) del rapporto. Il riparto dell'onere probatorio deve, quindi, secondo un'interpretazione moderna della disciplina che governa la prova, tener conto della reale posizione assunta dall'attore in senso formale nella dinamica del processo.

La Suprema Corte ha avuto modo di affermare a riguardo come “in tema di riparto dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., l'onere di provare i fatti costitutivi del diritto grava sempre su colui che si afferma titolare del diritto e intende farlo valere, anche ove sia convenuto in giudizi di accertamento negativo promosso dalla controparte per contestare la esistenza di quel diritto” (Cassazione civile sez. II, 2 agosto 2019, n. 20870; ex plurimis Cass. sez. II, 31 ottobre 2013, n. 24568; Cass. sez. lav., 6 settembre 2012, n. 14965; Cass. sez. lav., 18 maggio 2010, n. 12108).

Il Tribunale di Teramo conclude la riflessione sul tema affermando che “attribuire rilievo all'iniziativa processuale significherebbe alterare in radice i criteri previsti dalla legge per la distribuzione dell'onere della prova, in caso di accertamento negativo addossando al soggetto passivo del rapporto l'onere della prova circa i fatti costitutivi del diritto e quindi imponendogli generalmente la prova di fatti negativi, astrattamente possibile ma spesso assai difficile”.

È evidente l'eco del criterio di interpretazione dell'art. 2967 c.c. (sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio) della vicinanza della prova, in base al quale l'onere probatorio va ripartito tra i contendenti tenendo conto della prossimità del fatto da provare rispetto alle parti. In particolare, laddove sia troppo difficoltoso per l'attore dimostrare il fatto posto a fondamento della sua pretesa processuale, lo stesso deve essere provato nel giudizio dal convenuto, ove sia nella sua disponibilità. L'onere probatorio viene ripartito, in altri termini, badando, in concreto, alla possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione (così Giordano, Onere della prova, in Archivio Informatico De Jure, Giuffrè, Portale: La Bussola, sito: Iprocessocivile.it, 30 aprile 2020). Secondo la Corte di Cassazione, siffatto principio è stato recentemente definito un “mezzo di definizione della regola finale di giudizio di cui all'art. 2697 c.c.”

(*cf.* Cass. sez. lav. 24 giugno 2020, n. 12490). In tal senso, la decisione del Tribunale aprutino si caratterizza per le analogie con gli orientamenti delle Sezioni Unite sulla disciplina della prova, in limitrofi settori (ad esempio, tema di domanda di risoluzione del contratto di compravendita da parte del compratore per i vizi della cosa acquistata): “in materia di garanzia per i vizi della cosa venduta di cui all’art. 1490 c.c., il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all’art. 1492 c.c. è gravato dell’onere di offrire la prova dell’esistenza dei vizi” (*cf.* Cass. sez. Un., 3 maggio 2019, n. 11748), appunto perchè il compratore si trova nella posizione più favorevole per dimostrare il fatto da cui scaturisce la pretesa.

La sentenza istituisce una condivisibile simmetria, anch’essa in linea con la giurisprudenza di vertice, del regime del carico probatorio in tema di azioni di accertamento negativo ed in tema di responsabilità contrattuale. Sul punto, la sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001 delle Sezioni Unite costituisce la pietra angolare sulla quale poggia l’intera disciplina del regime probatorio nel diritto dei contratti. La decisione ha stabilito che “in tema di prova dell’inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l’adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell’inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell’onere della prova del fatto estintivo dell’altrui pretesa, costituito dall’avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell’onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l’adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell’eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l’altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell’obbligazione)”. Il ragionamento della Corte di Cassazione parte dal presupposto pacifico, secondo cui il creditore che voglia far valere in giudizio un suo diritto deve dare dimostrazione esclusivamente della fonte e della consistenza del suo credito. Ne consegue che il pagamento deve essere provato dal debitore, in quanto fatto estintivo del diritto oggetto del giudizio, quindi da porre a fondamento dell’eccezione del convenuto (la riflessione è condivisa da Cass. 11 luglio 1983, n. 5127; Cass. 20 gennaio 1982, n. 379; Cass. 9 aprile 1980, n. 2277, nonché, in dottrina, da Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato, diretto da Rescigno, Torino, 1985, vol. 19, p. 237*; contra Maiello, *Custodia e deposito, Napoli, 1958, p. 168, che sostiene come “chi vuol far valere il diritto all’adempimento deve anche provare la materiale inesecuzione della prestazione”*; v. pure Mariconda,

Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro, *in Corriere Giuridico n. 12/2001, pp. 1572-1573*). La regola iuris inaugurata dall'insegnamento delle Sezioni Unite nel 2001, nonostante gli iniziali contrasti generati in dottrina (ma cfr: la recente sentenza di Trib. Siracusa sez. II, 4 settembre 2020, n.794, il quale, affermando che "nell'ambito della responsabilità contrattuale, si applica il principio della presunzione della colpa, ma ciò non esonera l'attore dall'onere di dimostrare, da un lato, l'inadempimento e, dall'altro, l'entità del danno", sembrerebbe assumere una posizione critica), ha costituito il leading precedent di un orientamento tetragono, seguito sia dalla giurisprudenza di legittimità che da quella di merito (v. ex multis, Cass. sez. II, 20 gennaio 2020, n.1080, nonché, per quanto concerne la giurisprudenza di merito, Trib. Bergamo sez. lav., 7 luglio 2020, n.303). Sul tema, il Tribunale di Teramo non fa eccezione e, conformemente a quanto rescritto dal Supremo Collegio, rileva che "il creditore di un'obbligazione scaturente da un contratto deve provare il titolo da cui deriva il proprio diritto di credito" mentre non è onerato di dimostrare anche l'inadempimento del debitore, potendosi limitare ad allegarlo. D'altro canto, il debitore dovrà provare di aver adempiuto all'obbligazione contrattuale o che l'inadempimento è dipeso da causa a lui non imputabile. Nel caso concreto, il convenuto, sul quale gravava l'onere probatorio dell'esistenza del titolo (la cui inesistenza era stata allegata dall'attore in senso formale), non è riuscito a dimostrare la conclusione di un contratto che fondasse il diritto contestato. Ne è derivata la dichiarazione giudiziale di insussistenza del credito.

La sentenza in analisi ha posto in evidenza un'ulteriore questione processuale meritevole di approfondimento. Nella vicenda oggetto della decisione, il convenuto aveva esperito domanda riconvenzionale di arricchimento senza causa ai sensi dell'art. 2041 c.c. fuori dai termini decadenziali previsti dall'art. 167, 2° comma, c.p.c. Il giudicante, conformemente ad un consolidato orientamento della giurisprudenza di vertice (cfr. Cass. sez. II, 6 settembre 2019, n. 22342; condivide il ragionamento anche Cass. sez. III, 7 aprile 2015, 6893), afferma come la sanzione processuale della decadenza non sia posta a tutela di un mero interesse di parte, bensì promana direttamente dall'esigenza del c.d. ordine pubblico processuale, nozione ormai propria del diritto internazionale privato che comprende principi posti a tutela di diritti fondamentali, riconosciuti dalla Carta costituzionale, quali il diritto di difesa ed il diritto al contraddittorio ex art. 24 Cost. ed il principio della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.). la rilevanza pubblica dei beni giuridici tutelati dalla norma, giustifica la rilevanza d'ufficio della violazione e la conseguente inammissibilità della domanda.

Domenicomaria Referza

Trib. Pescara, sentenza 25 luglio 2019 n. 1212 – G.U. Roscigno – I.D. Laboratorio di panetteria c/ S.n.c. e S.r.l.

Vendita di cose mobili - Vizi nella vendita - Azione redibitoria - Responsabilità contrattuale speciale *sui generis* del venditore - Ripartizione dell'onere probatorio - A carico dell'acquirente - Principio della vicinanza della prova – Procedimento ex art. 696 bis c.p.c. sull'esistenza dei vizi - Prescrizione dell'azione - Decadenza dall'azione per mancata denuncia dei vizi - Rigetto della domanda di risoluzione

Nel caso di azione redibitoria volta ad ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale, qualora sia stato promosso procedimento ex art. 696 bis c.p.c. volto ad accertare le cause dei vizi della cosa venduta, ove la denuncia dell'acquirente non pervenga nel rispetto del termine di cui all'art. 1495 cod. civ., da calcolarsi dalla comunicazione dell'avvenuto deposito della relazione tecnica d'ufficio, soprattutto quando l'oggetto della fornitura sia il componente di un prodotto sottoposto a varie fasi di lavorazione, l'acquirente decade dalla garanzia per vizi.(1)

(*omissis*), quale titolare dell'impresa individuale “(*omissis*)” ha citato in giudizio (*omissis*) s.r.l. e (*omissis*) s.n.c., per ottenere la pronuncia di risoluzione del contratto da lei stipulato con costoro in data 14.11.2008, avente ad oggetto la vendita di un forno professionale, di un'impastatrice, di una planetaria da banco e di ulteriori attrezzature, con correlata condanna delle convenute alla restituzione della parte del prezzo già corrisposta e al risarcimento del danno da mancato guadagno.

L'attrice ha dedotto che: nel novembre del 2008, dovendo allestire un proprio laboratorio di panetteria, si rivolse a (*omissis*), nella veste di legale rappresentante della (*omissis*) s.r.l. e socio della (*omissis*) s.n.c. di (*omissis*) & C. - Forni e Arredamenti, rappresentandogli volere acquistare un forno che le consentisse una cottura uniforme e di infornare contemporaneamente 45 pagnotte da 1 kg;

il (*omissis*) le propose l'acquisto del forno “(*omissis*) di tipo professionale”, assicurandole l'idoneità del medesimo alle esigenze espostegli;

oltre al forno, acquistato dalla (*omissis*) s.n.c. per il prezzo di € 24.305, acquistò dalla (*omissis*) s.r.l. un'impastatrice e un mobile da banco, oltre al altre attrezzature per il prezzo di € 22.295,00, come da fatture emesse dalle due società;

fu concordato il pagamento del prezzo tramite cambiali consegnate a scadenze stabilite;

qualche tempo dopo il montaggio dei beni acquistati si manifestarono dei vizi e difetti di funzionamento della merce acquistata;

“in riferimento al forno, (...) dopo le prime utilizzazioni, rilevava che il pane non cuoceva in modo uniforme”, in quanto le pagnotte poste nella parte inferiore si bruciavano e quelle poste in alto rimanevano crude, con conseguente incommerciabilità di cospicue quantità di pane e necessità di ridurre le quantità di pagnotte ad infornata e di continui spostamenti del pane dal piano superiore a quello inferiore per ottenere una cottura omogenea ed evitare ulteriori perdite;

inoltre il forno era sprovvisto di una valvola di sfato, funzionale alla regolamentazione dell'umidità e della temperatura, l'errato assemblaggio delle lamiere consentiva l'ingresso di fuliggine della camera di cottura, distacco della coibentazione in lana di roccia racchiusa nelle intercapedini delle pareti esterne, tracce di corrosione su tutta la superficie esterna e anomalie all'impianto elettrico e alla canna fumaria;

la vasca dell'impastatrice a spirale dopo alcuni minuti dall'avvio produceva forti vibrazioni che facevano bloccare il disco e anche le maglie di bloccaggio, con conseguente interruzione del ciclo di impasto e deformazione della struttura in acciaio inox;

era stato riscontrato anche il distacco di vernice dalla planetaria da banco; contattò immediatamente (*omissis*) per segnalargli le problematiche elencate,, senza tuttavia ottenere riscontri;

il consulente HCCP nel corso di una visita ispettiva rilevò altresì gravi difformità delle attrezzature fornitele dalla (*omissis*) s.r.l. e dalla (*omissis*) s.n.c., riscontrate nel missiva del 29.03.2010 inviate alle convenute;

in seguito la (*omissis*) s.n.c. e la (*omissis*) s.r.l. mandarono presso il laboratorio di panetteria un loro collaboratore che, però, si limitò ad aumentare lo strato di sabbia tra il piano della camera di combustione e quello refrattario e nell'eseguire detta operazioni danneggiò tre delle quattro piastre del piano refrattario, sostituendone solo una, senza comunque risolvere il problema;

vista la mancata riparazione dei vizi già denunciati, nuovamente li contestò alle due società inviando a ciascuna un fax in data 29.04.2010 e, successivamente, in data 3.05.2010 a mezzo posta con missiva del legale di fiducia, contestualmente diffidandole dal mettere all'incasso le cambiali consegnate loro;

di contro le convenute le contestarono la tardività della denuncia dei vizi intervenuta a distanza di un anno dalla fornitura;

ad agosto del 2010 fece eseguire una verifica tecnica sulla merce ad un proprio tecnico incaricato, ing. (*omissis*), in quale accertò la sussistenza dei vizi indicati;

dopo ulteriori solleciti alla riparazione (settembre 2010) con ricorso depositato il 18 novembre del 2010 promosse procedimento di a.t.p. ex 696 bis c.p.c., al quale parteciparono con costituzione tardiva le convenute e che si concluse con il deposito in data 28.04.2011 della relazione del c.t.u. nominato in cui sono riscontrati i vizi e difetti descritti e la loro imputabilità alle convenute;

a causa del difettoso funzionamento della merce, in particolare del forno, fu costretta a rifiutare le richieste di fornitura di pane, provenienti dalla (*omissis*) onlus e dall'azienda agricola di (*omissis*), con conseguente danno da mancato guadagno stimato in € 10.000,00.

Ha quindi rassegnato le conclusioni così come riportate in premessa.

Le convenute, tempestivamente costituite, hanno dedotto che:

l'impastatrice e la planetaria da banco furono consegnate e installate presso il laboratorio dell'attrice il 30.04. 2009 e il forno in data 31.12.2009;

(*omissis*), quale preposto delle società convenute, aveva avvisato l'attrice della portata massima del forno, che era di 40 kg di pane, come tra l'altro era indicato sul manuale d'uso e manutenzione, consegnatole in data 14.4.2009;

l'attrice è incorsa nella decadenza e nella prescrizione dalla garanzia ex art. 1495 cod. civ., avendo denunciato i vizi oltre gli 8 giorni dalla loro scoperta, essendo pervenuta missiva del consulente HCCP dell'attrice solo in data 29.03.2010 che "non può assurgere - per il suo contenuto - al rango di contestazione e/o di denuncia proveniente dal compratore", senza che fosse preceduta da alcuna contestazione, nemmeno orale;

solo successivamente, in seguito a contestazione telefonica da parte dell'attrice, fu inviato un collaboratore delle due società, (*omissis*);

la c.t.u. espletata in seno al procedimento per a.t.p. è nulla in quanto la notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza è stata eseguita dopo il termine concesso dal giudice e, comunque, l'ausiliario incaricato ha impedito alle convenute di esercitare il proprio diritto di difesa;

nel merito, le conclusioni alle quali è pervenuto il c.t.u. sono del tutto sganciate da riferimento obiettivi, quali il manuale d'uso;

la richiesta di risarcimento del danno è infondata, posto che l'attrice ha continuato a esercitare la propria attività d'impresa utilizzando la merce di cui contesta il funzionamento;

l'attrice non ha adempito per intero all'obbligo di pagamento del prezzo, di cui residuano € 26.496,00 ancora non corrisposti, per i quali è avanzata

domanda riconvenzionale di condanna.

(*omissis*)

1. Eccezione di decadenza dalla garanzia (art. 1495 cod. civ.)

1.1. L'esame dell'eccezione delle convenute di decadenza e prescrizione dalla garanzia è preliminare, in quanto se fondata assorbirebbe non solo della domanda di risoluzione ma anche di quella connessa di risarcimento del danno, secondo la univoca giurisprudenza di legittimità l'azione di cui all'art. 1494 cod. civ., benché esercitabile autonomamente rispetto alle azioni edilizie, è soggetta ai termini di prescrizione e di decadenza contemplati dall'art. 1495 cod. civ. (Cass. 10728/2001; Cass. 3527/1993; Cass. n. 2322/1977; Cass. n. 1696/1980, non si rinvergono pronunce difformi).

1.2. La parte convenuta ha contestato con la memoria di cui al primo termine dell'art. 183, co. VI, c.p.c. in punto di fatto e di diritto che: "l'attrice ha debitamente denunciato i vizi dei beni realizzati e forniti dalle società convenute, come risulta dalla documentazione in atti, ed inoltre che i vizi venivano riconosciuti per *facta concludentia* dalle convenute stesse avendo tentato la loro eliminazione attraverso l'intervento del sig. (*omissis*), non andato a buon fine e addirittura peggiorativo dello stato del forno. Peraltro si evidenzia che ai fini della denuncia dei vizi il termine decorre dalla data in cui l'acquirente ne acquisisce una cognizione certa per il quale può essere necessario l'accertamento tecnico da parte di un esperto, come nel caso di specie stante la complessità del funzionamento del funzionamento dell'apparecchiatura fornita di non facile comprensione per un soggetto profano della materia. Da ultimo, con riferimento all'applicabilità della normativa sulla garanzia di cui al D. Lgs. n. 206/2005 si ribadisce quanto già affermato nell'atto introduttivo del giudizio, tornando ad evidenziare che le stesse convenute riconoscono una garanzia di due anni sui beni da esse prodotti e forniti".

1.3. Detto ciò, in ordine alla disciplina applicabile, è pacifico che l'attrice abbia acquistato il bene per l'esercizio dell'attività d'impresa per cui deve escludersi l'applicazione del d. lgs. 205/2006 giacché "in tema di contratti del consumatore, ai fini della identificazione del soggetto legittimato ad avvalersi della tutela di cui al vecchio testo dell'art. 1469 bis c.c. (ora art. 33 del Codice del consumo, approvato con d. lgs. n. 206 del 2005), la qualifica di consumatore spetta solo alle persone fisiche e la stessa persona fisica che svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice consumatore soltanto allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività; correlativamente devono essere considerate professionisti tanto la

persona fisica quanto quella giuridica, sia pubblica sia privata, che utilizzino il contratto non necessariamente nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma per uno scopo connesso all'attività imprenditoriale o professionale. (Cass. sez. 6 - 2, Ordinanza n. 8419 del 26/03/2019).

1.4. Accertata l'applicazione della disciplina codicistica, essendo il contratto concluso tra pari, si rammenta che "in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, eccettata dal venditore la tardività della denuncia rispetto alla data di consegna della merce, incombe sull'acquirente, trattandosi di condizione necessaria per l'esercizio dell'azione, l'onere della prova di aver denunciato i vizi nel termine di legge ex art. 1495 cod. civ." (Cass. sez. 2, Sentenza n. 12130 del 14/05/2008).

1.5. I tempi di consegna dei beni sono pacifici, ossia – per la merce contestata – il 30.04.2009 l'impastatrice e il mobile da banco e il 31 dicembre del 2009 il forno (se ne trova conferma nella c.t.p. attorea in atti, v. doc. 24).

1.6. Ora, l'attrice assume di avere denunciato i vizi attraverso la missiva del proprio consulente HCCP (doc. 12) in data 29.03.2010. La convenuta ha confutato l'attitudine del documento ad assurgere a denuncia dei vizi atteso il suo contenuto e la sua provenienza da un terzo e non dall'acquirente.

1.7. La missiva in parola, contenendo una descrizione dettagliata dei vizi del tutto sovrapponibile a quella contenuta nell'atto di citazione, è sicuramente idonea ad integrare il contenuto della denuncia richiesta ai fini dell'interruzione della prescrizione.

1.8. Tuttavia detto atto non può assurgere ai fini indicati in quanto proveniente non dall'acquirente ma da un terzo, il quale, ancorché da esso incaricato, non ne ha la rappresentanza e non può, pertanto, effettuare in suo nome e per suo conto manifestazioni di volontà giuridicamente rilevanti (v. Sez. 2, Sentenza n. 11854 del 08/09/2000 e nello stesso senso Cass. civ. Sez. VI - 2, Ord. 26-04-2018, n. 10149) e ciò in disparte dal rilievo che la missiva è intestata a "(omissis)", dunque solo alla s.n.c., che dal tenore letterale, seppure il firmatario indica la propria qualità di consulente HCCP per l'impresa attorea, nella parte finale è prospettato il ricorso "provvedimenti legali", certo non spettanti al prestatore d'opera professionale nei confronti di terzi estranei al rapporto d'opera, e nell'atto di citazione l'utilizzo della seguente espressione – punto 13) –: "la deducente, peraltro, riceveva, la visita ispettiva del consulente HCCP prof. (omissis)" instillano nel lettore il dubbio che il consulente svolgesse attività ispettive di natura pubblicistica, non corroborata però dalla indicazione dell'autorità amministrativa preposta, ossia l'ASL.

1.9. Dunque la prima contestazione dei vizi eseguita dall'attrice, non essendo stata data la prova di una precedente, è quella contenuta nei fax del

29.04.2010, nella quale si fa però un generico riferimento a “vizi” senza specificazione alcuna al tipo e al bene da esso affetto (neppure nella lettera del 3.05.2010 si fa riferimento a vizi specifici).

1.10. Dunque, poiché la consegna dell’impastatrice e della planetaria risale ad aprile del 2009, per tali beni la garanzia è prescritta, dal momento che “In tema di compravendita, l’azione del compratore contro il venditore per far valere la garanzia ex art. 1495 c.c. si prescrive, in ogni caso, nel termine di un anno dalla consegna del bene compravenduto, e ciò indipendentemente dalla scoperta del vizio” (Cass. sez. 2 - Sentenza n. 11037 del 05/05/2017).

1.11. Riguardo al forno, la garanzia era ancora efficace, in quanto la consegna era avvenuta il 31.12.2010.

1.12. Occorre precisare che l’attrice allega nell’atto di citazione che nelle condizioni generali di vendita era prevista una garanzia convenzionale della durata di due anni (doc. 37). Tuttavia dette condizioni generali in primo luogo, sono state predisposte dalla (*omissis*) s.n.c. e non alla (*omissis*) s.r.l. e in secondo luogo la clausola relativa alla garanzia condiziona l’efficacia della stessa all’esatto adempimento dell’acquirente dell’obbligazione di pagamento del prezzo, circostanza che nel caso di specie non ricorre. Comunque anche assumendo che l’efficacia di detta garanzia convenzionale per tutti i beni compravenduti (quindi anche per quelli per i quali acquistati dalla (*omissis*) s.r.l., la quale ha emesso relativa fattura e rispetto alle quali l’attrice ha correlativamente rilasciato cambiali in nome di questa) è bene rilevare che ai sensi dell’art. 1487 cod. civ. è concesso alle parti di modificare gli effetti della garanzia; ciò tuttavia, se non diversamente previsto dai contraenti, non esclude l’applicazione della disciplina legale, la quale continua ad integrare quella pattizia se non diversamente stabilito dai paciscenti; per cui da dette condizioni generali di contratto si evince soltanto l’obbligo assunto dalla venditrice di una maggiore durata della garanzia, senza alcuna rinuncia della medesima al termine decadenziale che deve, quindi, ritenersi operativo.

1.13. Perciò assumendo l’efficacia della garanzia (sicuramente sussistente per il forno e più che dubbia per gli altri beni assunti come difettati) va osservato che se è vero, come pure invocato dall’attrice che «il termine di decadenza previsto dall’art. 1495 cod. civ. per l’azione di garanzia per i vizi della cosa venduta decorre dall’effettiva scoperta dei medesimi, che si ha quando il compratore ne abbia acquistato certezza obiettiva e completa. Ne consegue che un’esatta identificazione della parte viziata, soprattutto quando l’oggetto della fornitura sia il componente di un prodotto sottoposto a varie fasi di lavorazione, può anche intervenire solo all’esito di un accertamento tecnico in sede giudiziale» (Cass. sez. 2 - Sentenza n. 11037 del 05/05/2017)

è vero anche che ciò non esime l'acquirente dal formulare la denuncia dei vizi nei confronti del venditore, posto che il termine di decadenza per la denuncia dei vizi della cosa venduta ai sensi dell'art. 1495 cod. civ. decorre qualora si proceda ad accertamento tecnico preventivo dal momento della comunicazione della cancelleria del relativo esito (Cass. sez. 2, Sentenza n. 6735 del 23/05/2000). Nel caso di specie l'attrice ha ricevuto comunicazione da parte della cancelleria dell'avvenuto deposito della relazione peritale per il tramite della notifica del decreto di liquidazione del c.t.u., che presuppone il deposito della relazione, in data 19.05.2010 (la notifica a mezzo dell'ufficiale giudiziario è avvenuta a mani della domiciliataria del difensore di parte attorea, v. fascicolo a.t.p.); dunque entro 8 giorni dalla data indicata l'attrice avrebbe dovuto denunciare al venditore i vizi così come accertati nella relazione di c.t.u. Di ciò però non è stata data prova dalla parte attorea, la quale è quindi incorsa in decadenza.

1.14. Tale approdo non viene scalfito anche assumendo che l'attrice abbia scoperto i vizi con la c.t.p. fatta eseguire dall'ing. (*omissis*) (all. 20 att.), dal momento che la relativa relazione reca la data del 23.08.2010 e la successiva missiva di contestazione 13.09.2010.

1.15. Riguardo all'obiezione attorea per cui i venditori avrebbero riconosciuto i vizi dedotti con comportamenti concludenti consistiti nel tentativo di riparazione del forno ad opera di (*omissis*), con conseguente novazione dell'obbligazione originaria, si osserva che "in tema di garanzia per i vizi della cosa venduta, di cui all'art. 1490 cod. civ., qualora il venditore si impegni ad eliminare i vizi e l'impegno sia accettato dal compratore, sorge un'autonoma obbligazione di "*facere*", che, ove non estingua per novazione la garanzia originaria, a questa si affianca, rimanendo ad essa esterna e, quindi, non alterandone la disciplina. Ne consegue che, in tale ipotesi, anche considerato il divieto dei patti modificativi della prescrizione, sancito dall'art. 2936 cod. civ., l'originario diritto del compratore alla riduzione del prezzo e alla risoluzione del contratto resta soggetto alla prescrizione annuale, di cui all'art. 1495 cod. civ., mentre l'ulteriore suo diritto all'eliminazione dei vizi ricade nella prescrizione ordinaria decennale" (Cass., sez. un., sentenza n. 19702 del 13/11/2012). Applicando il principio riportato – si sottolinea, reso dalle Sezioni Unite della Cassazione – al caso di specie, l'attrice non ha avanzato alcuna domanda di condanna della convenuta all'eliminazione dei vizi ma chiesto esclusivamente la risoluzione del contratto, per cui il richiamo della giurisprudenza precedente non è pertinente, con conseguente rigetto dell'eccezione.

2. Domanda riconvenzionale della convenuta.

2.1. In conseguenza del rigetto delle domande attore e, deve essere accol-

ta la domanda delle convenuta essendo pacifico l'inadempimento dell'acquirente al pagamento del prezzo residuo, ammontante a € 15.756,00 dovuti alla (omissis) S.n.c. e a € 10.740,00 dovuti alla (omissis) S.r.l.

(omissis)

NOTA (1) - GARANZIA PER VIZI NELLA VENDITA. NATURA, DISCIPLINA E RIPARTO DELL'ONERE PROBATORIO

Sommario: 1. Inquadramento della problematica – 2. Le azioni edilizie – 3. Natura della garanzia per vizi – 4. La giurisprudenza sulla ripartizione dell'onere probatorio – 5. La pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 11748/2019 – 6. Conclusioni

1. Inquadramento della problematica

La sentenza in commento, che segue di pochi mesi il pronunciato della Suprema Corte a Sezioni Unite del 3 maggio 2019 n. 11748 sulla ripartizione dell'onere probatorio nelle cd. azioni edilizie, offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sulla disciplina della garanzia per vizi nella vendita ed in particolare sul se effettivamente la responsabilità del venditore della cosa viziata costituisca o meno inesatto adempimento inquadrabile nella più ampia disciplina delle obbligazioni, problematica in ordine alla quale si è sviluppata negli ultimi decenni un acceso e vivace dibattito sia di merito che di legittimità.

Ai fini della suddetta verifica appare opportuno prendere le mosse dal testo dell'articolo 1476 cod. civ., che elenca le obbligazioni principali del venditore in: 1) quella di consegnare la cosa al compratore; 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto; nonché 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

Messe in disparte le disposizioni di cui al num. 2) e quella riferita all'evizione va sottolineato che l'obbligazione di consegna di cui al num. 1) fa riferimento al bene che, al momento dell'adempimento di tale obbligazione è, di regola, già in proprietà del compratore in virtù del principio consensualistico (ad eccezione della vendita di cose determinate solo nel genere in cui l'individuazione debba avvenire mediante consegna al compratore): l'effetto traslativo della proprietà della cosa compravenduta, dal patrimonio del venditore a quello del compratore, si verifica, quando si tratti di cosa determinata, con la conclusione del contratto (art. 1376 cod. civ.).

Ma l'art. 1476 cod. civ. parla anche di un obbligo di garanzia per vizi ed è questa la parte più problematica della norma laddove si rammenti che il successivo art. 1477, 1° comma, cod. civ., chiarisce che la cosa vada consegnata "nello stato in cui si trovava al momento della vendita" e, pertanto, anche eventualmente viziata.

È per tale motivo che in dottrina e in giurisprudenza si è acceso un vivace dibattito circa la natura giuridica della garanzia per vizi della cosa venduta che, per la difficoltà di ricondurre, al mero inadempimento di un'obbligazione contrattuale, una violazione collegata a cause preesistenti al contratto, ha visto il formarsi di diverse teorizzazioni: secondo alcuni l'istituto andava collocato nell'ambito della figura della "presupposizione", secondo altri in quello della responsabilità precontrattuale e secondo i più in quello dell'assicurazione contrattuale [1] o dell'impugnativa per errore. La prevalente dottrina (Messineo) e la giurisprudenza della Cassazione (sent. 3022 del 22/10/1974), invece, ravvisavano nella garanzia per vizi lo stesso fondamento della garanzia per evizione, id est una violazione dell'impegno traslativo, considerato comprensivo anche dell'obbligo del venditore di verificare che il bene trasferito abbia tutti i requisiti necessari per la sua utilizzazione.

Quale che sia la tesi cui aderire, dalla risposta al problema della natura giuridica della garanzia per i vizi della cosa venduta discendono conseguenze pratiche di immediata percezione in quanto è proprio dall'individuazione del regime applicabile alla vicenda che deriva, in punto di riparto dell'onere probatorio, la risposta al se, nelle azioni edilizie di cui agli artt. 1490 e 1492 cod. civ., gravi sul compratore l'onere di provare l'esistenza dei vizi o, al contrario, gravi sul venditore l'onere di provare di aver consegnato una cosa immune da vizi.

Nel caso della sentenza in esame, infine, non vanno nemmeno sottaciute le seguenti due circostanze che parrebbero aver svolto un ruolo decisivo nella formazione del convincimento del Giudicante: l'acquirente, al fine di assolvere al proprio onere probatorio aveva deciso di far ricorso a procedimento ex art. 696 bis c.p.c., senza peraltro rispettare il ristretto termine decadenziale previsto per la denuncia dei vizi che sarebbe decorso, sempre secondo la sentenza in esame, dall'avvenuta conoscenza certa, obiettiva e completa "...dell'esatta identificazione della parte viziata, soprattutto quando l'oggetto della fornitura sia il componente di un prodotto sottoposto a varie fasi di lavorazione..."; l'acquirente non aveva nemmeno provveduto al pagamento integrale del prezzo e, ciononostante, continuava ad utilizzare tanto il forno acquistato quanto l'impastatrice da banco e l'attrezzatura precedentemente consegnategli.

2. Le azioni edilizie

Le azioni edilizie, di cui all'art. 1492 cod. civ. [2], nascono nel diritto romano e sono così definite in quanto erano contenute negli editti degli edili curuli. Esse tutelano il compratore nel caso in cui questi abbia acquistato una cosa affetta da vizi preesistenti rispetto alla conclusione del contratto e sono l'azione di riduzione del prezzo (detta anche azione estimatoria o actio quanti minoris) e l'azione di risoluzione del contratto detta anche azione redibitoria o actio redhibitoria). Esse costituiscono un unicum del sistema in quanto vengono in rilievo per vizi non giuridici ma materiali presenti prima della stipula del contratto.

L'azione estimatoria costituisce esercizio di un vero e proprio diritto potestativo volto alla modificazione del contratto ed è, quindi, un rimedio mantentivo teso a salvaguardare il sinallagma contrattuale e risponde, dunque, ad un principio di conservazione del contratto. L'azione redibitoria, invece, tende alla caducazione del contratto ed è quindi assimilabile alla più generale azione di risoluzione differenziandosi da questa, in particolare, per quanto concerne: l'irrelevanza della colpa del venditore, l'onere di preventiva denuncia, per il ristretto termine dell'azione ed infine per la rilevanza degli usi. Come avviene per l'azione di risoluzione contrattuale, ad essa conseguono gli effetti restitutori propri dello scioglimento del vincolo negoziale. Il venditore, inoltre, può essere tenuto anche al risarcimento del danno ex art. 1494 cod. civ., se non prova di aver ignorato senza colpa i vizi ma, mentre le azioni edilizie prescindono dall'elemento psicologico, la responsabilità risarcitoria presuppone la colpa del venditore.

Per completezza espositiva si segnala che, non venendo ricondotta l'azione di eliminazione dei vizi nell'alveo delle principali obbligazioni del venditore, l'eventuale impegno del venditore a procedere alla loro eliminazione (che il Giudicante, nel caso di specie, ha ritenuto non ricorrere) ha fatto sorgere qualche dubbio circa una sua possibile interferenza con la disciplina delle azioni edilizie e, in particolare, circa una possibile incidenza sul loro termine di prescrizione. Si discuteva, a tal proposito, se l'assunzione di un tale obbligo da parte del venditore comportasse una novazione dell'obbligazione principale di questi. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza dell'11 luglio 2019, n. 18672, ha chiarito che «ai sensi dell'art. 1495 c.c., l'impegno del venditore all'eliminazione dei vizi della cosa, accettato dal compratore, comporta il sorgere del corrispondente diritto, soggetto alla prescrizione decennale, mentre i diritti alla riduzione del prezzo ed alla risoluzione del contratto rimangono soggetti alla prescrizione annuale, dalla norma specificamente prevista» [3]. Pertanto l'orientamento prevalente è nel senso di ritenere che l'impegno del venditore di eliminare i vizi - non ritenuto,

appunto, un obbligo principale - comporti il nascere di una autonoma obbligazione di fare a carico dell'alienante, quale quella di riparare o sostituire il bene viziato, che non nova l'obbligazione principale, non la estingue e non ne altera la disciplina. L'eventuale impegno del venditore di eliminare i vizi, pertanto, non incide in alcun modo sulla disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta, costituendo semmai una garanzia aggiuntiva a quella codicisticamente prevista. Chiarito pertanto il ruolo attribuito all'azione di eliminazione dei vizi, però, non si sono sopiti i dubbi in merito alla natura giuridica della garanzia per vizi.

3. Natura della garanzia per vizi

Secondo la maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, la garanzia per vizi pur essendo espressamente prevista dall'art. 1476 n. 3, non rientrerebbe affatto tra le obbligazioni principali del debitore. A tale norma si è negata, infatti, diretta natura precettiva rilevando che essa, invero, non vale ad identificare la natura giuridica di tale garanzia.

In proposito sono venute in rilievo svariate ricostruzioni.

Secondo alcuni autori si tratterebbe di una garanzia in senso tecnico, quasi come si trattasse di una obbligazione accessoria ad una obbligazione principale (quest'ultima consisterebbe, invece, nel far acquistare il diritto di proprietà) [4]. Una rivisitazione della stessa teoria, come accennato, vedeva nella responsabilità per vizi della cosa una obbligazione indennitaria, quasi di carattere assicurativo, insita nel concetto di accollo di un rischio [5]. La tesi, tuttavia è stata agevolmente accantonata perché se per un verso non appariva insormontabile la difficoltà di ricondurre detta garanzia ad uno schema di tipo indennitario (prescindendo dalla colpa del venditore i rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo previsti dall'art. 1492 cod. civ.), per altro verso, si è osservato che il risarcimento del danno di cui all'art. 1494 cod. civ. presuppone la colpa del venditore, mentre l'assicurazione contrattuale - ovverosia l'assunzione del rischio - postula che l'evento che rende attuale l'obbligazione indennitaria esula da qualunque giudizio di imputabilità e di illiceità. Secondo altre autorevoli opinioni, invece, nel caso in cui sia presente un vizio, l'azione in questione troverebbe fondamento nella sussistenza di un errore del compratore circa l'effettiva consistenza dell'oggetto ed in definitiva costituirebbe un vizio del consenso [6]. Ma anche questa soluzione finisce per avvicinare troppo il fenomeno dell'actio redhibitoria all'istituto dell'annullamento del contratto rivelandosi pertanto del tutto fallace: ad essa si replica che un eventuale errore come vizio del consenso potrebbe allora venire in rilievo solo se riconoscibile dall'altro contraente, mentre la garanzia opera anche nel caso di ignoranza dei vizi da parte del

venditore. È per tale motivo che altri studiosi hanno preferito ricondurre la responsabilità per vizi all'interno dell'istituto della presupposizione: in tal caso il vizio farebbe sì che la cosa non coincida con la rappresentazione di essa comune ad entrambe le parti ed inciderebbe sulla corrispettività delle prestazioni [7]. Autorevole dottrina ha infine proposto un altro approccio al problema ed ha concluso che la garanzia per vizi deriva sì da una responsabilità contrattuale ma non per violazione dell'obbligazione principale, bensì per l'inesatta esecuzione della prestazione, in quanto comportante un'anomalia nell'attribuzione traslativa [8]. In particolare, si sostiene che l'effetto reale difforme rispetto all'esatto risultato promesso pur non essendo vicenda estranea alla sfera dell'adempimento contrattuale, rappresenterebbe una violazione dell'impegno traslativo del venditore [9].

4. La giurisprudenza sulla ripartizione dell'onere probatorio

Fino al 2013 non vi erano incertezze giurisprudenziali sul principio che, nelle azioni di garanzia per i vizi della cosa venduta, l'onere della prova dei difetti e delle eventuali conseguenze dannose, nonché dell'esistenza del nesso causale fra i primi e le seconde, è a carico del compratore che faccia valere la garanzia (Cass. n. 1035/1968, Cass. n. 2841/1974, Cass. n. 7986/1991, Cass. n. 8533/1994, Cass. n. 8963/1998, Cass. 13695/2007, Cass. 18125/2013).

Detto indirizzo è stato sovvertito da una pronuncia della Seconda Sezione [10] che ebbe a ritenere detto principio non più sostenibile, in materia di azioni edilizie, dopo che le Sezioni Unite, con sentenza n. 13533 del 2001 [11], avevano unificato la disciplina dell'onere della prova dell'inadempimento dell'obbligazione in tutti i casi di azione di adempimento contrattuale, di risoluzione contrattuale e di risarcimento dei danni da inadempimento.

Come noto con l'arresto del 2001 la Corte aveva fissato i due principi fondamentali che dovevano essere seguiti in materia di inadempimento delle obbligazioni: a) il principio di persistenza del diritto; e b) il principio della riferibilità o vicinanza della prova. In virtù dell'applicazione di detti due principi, in materia di inadempimento delle obbligazioni, gli Ermellini avevano concluso che il creditore - sia che agisca per l'adempimento, sia che agisca per la risoluzione contrattuale, sia che agisca per il risarcimento del danno - deve provare soltanto la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre grava sul debitore convenuto l'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento. Nella stessa sentenza il Supremo Collegio ebbe a statuire, inoltre, che anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente

la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza o per difformità quantitative o qualitative dei beni) gravando, ancora una volta, sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto, adempimento.

Sulla scorta di quell'insegnamento, per l'appunto, con successivo arresto Cass. Civ. n. 20110/2013, premesso «che in tema di compravendita, l'obbligazione (di dare) posta a carico del venditore è di risultato, in quanto l'interesse perseguito dall'acquirente è soddisfatto con la consegna di un bene in grado di realizzare le utilità alle quali, secondo quanto pattuito, la prestazione sia preordinata» ne ha dedotto che «all'acquirente (creditore) sarà sufficiente allegare l'inesatto adempimento ovvero denunciare la presenza di vizi o di difetti che rendano la cosa inidonea all'uso alla quale è destinata o che ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, essendo a carico del venditore (debitore), in virtù del principio di vicinanza della riferibilità o vicinanza della prova, l'onere di dimostrare, anche attraverso presunzioni, di avere consegnato una cosa che sia conforme alle caratteristiche del tipo ordinariamente prodotto ovvero la regolarità del processo di fabbricazione o di realizzazione del bene; ove sia stata fornita tale prova, sarà allora onere del compratore dimostrare l'esistenza di un vizio o di un difetto intrinseco della cosa, ascrivibile al venditore».

Il problema che si è posto, però, riguarda l'applicazione di tali principi anche al caso della garanzia per vizi della cosa, ponendosi il problema se, in particolare, il presupposto dal quale dipartiva il ragionamento di Cass. Civ. n. 20110/2013 fosse valido o no: ovvero sia se quei principi validi per "regolare" la responsabilità nelle ipotesi di inadempimento delle obbligazioni, erano applicabili o meno anche ipotesi di responsabilità per vizi della cosa venduta o se, in tal caso, la configurazione dei rimedi, quale emerge dall'esame della giurisprudenza, giustificava una soluzione differente.

Sul punto si è pronunciata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 11748/2019 [12] antecedente di circa due mesi il pronunciato del Tribunale di Pescara ed è alla luce di quest'ultimo arresto che il decisum del Giudice di merito è stato annotato.

5. La pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 11748/2019

La Corte ha accolto l'orientamento in virtù del quale la presenza di un vizio, pur non costituendo inadempimento dell'obbligazione principale, comporta una responsabilità contrattuale. In particolare, essa chiarisce che si tratta di una responsabilità contrattuale speciale e sui generis in quanto si ha inadempimento contrattuale senza che vi sia inadempimento dell'obbligazione.

In tal caso, infatti, la responsabilità non deriverebbe dall'inadempimento dell'obbligazione del debitore-venditore, bensì da una anomalia che si sostanzia in una imperfetta attuazione del risultato traslativo.

L'obbligo di garanzia dai vizi di cui al disposto dell'art. 1476 cod. civ. pone il venditore in una condizione non di "obbligazione" (e pertanto in un dovere di prestazione da parte del venditore) ma di "soggezione", con la conseguenza che lo schema concettuale a cui ricondurre l'ipotesi che la cosa venduta risulti viziata non può essere quello dell'inadempimento di una obbligazione concludendosi che il disposto dell'art. 1476 cod. civ., "là dove qualifica la garanzia per vizi come oggetto di una obbligazione, vada inteso non nel senso che il venditore assuma una obbligazione circa i modi di essere attuali della cosa, bensì nel senso che egli è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa".

Dato che, poi, nell'azione edilizia si prescinde dalla colpa, lo schema è quello della responsabilità oggettiva.

Chiarita la specialità delle azioni edilizie (actio quanti minoris e actio redhibitoria) rispetto ai rimedi generali dell'inadempimento (risoluzione del contratto e risarcimento del danno) e conseguentemente sottratta la disciplina di tali azioni dall'ambito concettuale dell'inadempimento nelle obbligazioni, la Corte si è sofferma, poi, sul riparto dell'onere della prova ed ha chiarito che la disciplina del riparto dell'onere della prova tra venditore e compratore, nelle azioni edilizie, non può ritenersi compresa nell'ambito applicativo dei principi fissati dalla sentenza SSUU n. 13533/2001 in materia di prova dell'inesatto adempimento delle obbligazioni nelle ordinarie azioni contrattuali di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno (discendenti dall'applicazione del principio di presunzione di persistenza del diritto desumibile dall'art. 2697 cod. civ.) avendo chiarito che, in virtù della sua peculiarità, tale responsabilità del venditore non segue in toto lo schema individuato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 2001. Nel caso di responsabilità per vizi, infatti, pur venendo in rilievo una responsabilità contrattuale non c'è una obbligazione (nessun obbligo di prestazione relativo ad una immunità della cosa da vizi incombe sul venditore) e, dunque, non può applicarsi il principio di presunzione di permanenza del diritto. La Corte di Cassazione chiarisce che, in tal caso, vengono in rilievo le regole generali in materia di riparto dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ.: l'onere della prova, dunque, incombe su chi agisce e, quindi, sul compratore. È questi che deve provare i fatti che costituiscono il fondamento della propria azione e, quindi, il vizio. In tal modo è rispettato il principio di vicinanza della prova, in quanto, in concreto, il bene è nella disponibilità dell'acquirente ed è quest'ultimo che deve (ha l'onere di) provare fatti e circostanze che ricadono nella propria sfera di azione.

6. Conclusioni

Ed è questo il ragionamento seguito dal Tribunale di Pescara in sentenza n. 1212 pubblicata il 25/07/2019 (resa pertanto a distanza di meno di due mesi dal fondamentale arresto del Supremo Collegio) all'esito del quale, pur rispettato il "principio di vicinanza della prova", secondo il quale "... il compratore che esercita le azioni di risoluzione del contratto o di riduzione del prezzo di cui all'articolo 1492 c.c. è gravato dell'onere di offrire la prova dell'esistenza dei vizi" il diritto potestativo dell'acquirente l'impastatrice e la planetaria da banco è stato, però, dichiarato prescritto in quanto esercitato oltre il termine di un anno dall'avvenuta consegna e l'acquirente dichiarato decaduto dall'azione di garanzia per i vizi del forno in quanto non denunciati al venditore nel brevissimo termine di 8 giorni decorrenti "...dell'esatta identificazione della parte viziata, soprattutto quando l'oggetto della fornitura sia il componente di un prodotto sottoposto a varie fasi di lavorazione..."

Marco Azzariti

NOTE

[1] *L'obbligazione di garantire il compratore dai vizi della cosa ha indotto parte della dottrina ad attribuire alla nozione di garanzia richiamata dalla disposizione, mediante l'uso della locuzione "garantire", un significato genericamente assicurativo, di accollo di un rischio in ordine al verificarsi di eventi che non si è obbligati ad evitare. La garanzia per vizi, secondo tale prospettiva, andrebbe inquadrata come prestazione contrattuale indennitaria di tipo restitutorio, finalizzata - secondo uno schema di tipo, appunto, assicurativo - a realizzare in forma sostitutiva l'interesse deluso del compratore ad una res immune da vizi. La consegna di una cosa viziata, in definitiva, non darebbe luogo ad alcun inadempimento, ma determinerebbe l'operare della garanzia, con la correlativa pretesa indennitaria di tipo restitutorio a tutela dell'interesse deluso dell'acquirente.*

[2] *Art. 1492 cod. civ.: "Nei casi indicati dall'art. 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione. La scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale. Se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo".*

[3] *Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sentenza dell'11 luglio 2019, n. 18672*

[4] *G. Gorla, La compravendita e la permuta, Trattato di diritto Civile, IV ed. Diki, 2013 pag. 1061; C. Chine - M. Fratini - A. Zoppini, Manuale di diritto civile, VII ed. Nel Diritto, 2016 pag. 1583. Tra gli altri, Rubino, La Compravendita, in Tratt. Dir. Civ. e comm., diretto da Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1971, 634*

[5] *V. Mengoni, I, Diritto civile, Milano, 1995, 404-406*

[6] *Vedi Mirabelli, Della Vendita, cit., 90 e ss.*

[7] *V. Martorano, la tutela del compratore per vizi della cosa, Napoli 1959, 177 ss.*

[8] *V. Rubino, La Compravendita, in Tratt. Dir. Civ. e comm., diretto da Cicu-Messineo, XXIII, Milano, 1971, 630*

[9] *V. Bianca, op. cit., pag. 709 e 710*

[10] *cfr: Cassazione civile, Sezione seconda, sentenza del 20.9.13 num. 20110*

[11] *cfr: Cassazione a Sezioni Unite num. 13533 / 2001*

[12] *cfr: Cassazione a Sezioni Unite num. 11748 / 2019*

Giurisprudenza tributaria

CTP Pescara, sez. 2, sentenza 30 dicembre 2019, n. 788, Pres. e rel. Perla.

Nell'ambito delle vendite in sede di espropriazione forzata, cui fa riferimento l'art. 44 dpr 26 aprile 1986 n. 131 (TU dell'imposta di registro) rientrano certamente le procedure competitive ex art. 107 L.F., e quindi anche quelle di cui all'art. 163 bis L.F., per le quali, quindi, la base imponibile è costituita dal prezzo di aggiudicazione in ragione della natura competitiva della vendita e del controllo dell'autorità giudiziaria.(1)

NOTA (1) - Imposta di registro e valore dei beni per le cessioni effettuate nel concordato preventivo ex art. 163 bis LF

Premessa

La Commissione Tributaria Provinciale di Pescara, sulla scia della CTR della Lombardia¹, si è pronunciata sulla applicabilità dell'art. 44 dpr 26 aprile 1986 n. 131 (TU dell'imposta di registro) anche nel caso di cessione di un complesso aziendale nell'ambito di un concordato preventivo ex art. 163 bis LF.

Nel caso di specie, l'Agenzia delle Entrate, con avviso di rettifica e liquidazione, aveva accertato maggiori imposte di registro, ipotecarie e catastali, derivanti dal controllo ex art. 51, co. 4 e 52, co. 1, dpr n.131/86, del valore complessivo dell'azienda, ivi compreso l'avviamento.

I ricorrenti impugnavano l'avviso di rettifica e liquidazione deducendo l'illegittimità e infondatezza dello stesso sotto il profilo della violazione e falsa applicazione dell'art. 44 dpr 131/86 e dell'art. 163 bis L.F., sul presupposto che la vendita era stata effettuata nell'ambito di una procedura competitiva in sede di espropriazione forzata e in sede concordataria. Ritenevano, quindi, i ricorrenti che, ai sensi dell'art. 44 dpr n. 131/86, era precluso all'Ammini-

1. CTR Lombardia, Milano, sentenza n. 572 del 6 febbraio 2019, con nota di Bartolini, *Inapplicabilità dell'accertamento di valore nelle vendite competitive ex art. 163 bis L.F.* in Tax News on line 2020. La sentenza della CTR Lombardia, chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità dell'art. 44 TU Registro ad una vendita ex art. 163 bis L.F., rappresenta una delle prime pronunce di merito.

strazione Finanziaria il potere di accertare un valore diverso dal prezzo di aggiudicazione.

L'Agenzia delle Entrate riteneva, invece, non applicabile al caso di specie l'art. 44 dpr n. 131/1986 essendo, detto articolo, di stretta interpretazione e non suscettibile di applicazione analogica in quanto l'elencazione in esso contenuta è da ritenersi tassativa e non sussistendo estremi di forma e sostanza per l'applicazione della deroga ai normali criteri di determinazione del valore. Riteneva l'Agenzia che in ogni caso la cessione di un complesso aziendale, pur effettuata nell'ambito di una procedura concordataria avviata, non è manifestatamente equivalente ad una vendita giudiziale o ad una vendita al pubblico.

La commissione tributaria provinciale di Pescara, ritenendo fondata la tesi dei ricorrenti, accoglieva il ricorso.

L'applicabilità dell'art. 44 TU registro alle vendite ex art. 163 bis L.F.

Come noto l'art. 44, co. 1, dpr n. 131/1986, in deroga alla regola generale stabilita dall'art. 43² del citato decreto, prevede che “per la vendita di beni mobili e immobili fatta in sede di espropriazione forzata ovvero all'asta pubblica e per i contratti stipulati o aggiudicati in seguito a pubblico incanto la base imponibile è costituita dal prezzo di aggiudicazione.”

L'applicabilità dell'art. 44 dpr n. 131/86 comporta l'impossibilità per l'amministrazione finanziaria di procedere a rettifica del valore ai sensi dell'art. 52 dpr n. 131/86³, avendo il legislatore predeterminato il valore in misura corrispondente al prezzo pagato in sede di aggiudicazione.

L'art. 44 dpr n. 131/86, però, prevede espressamente che tale modalità di determinazione della base imponibile sia applicabile solo in presenza di una vendita effettuata in sede di “espropriazione forzata” ovvero “asta pubblica” e “contratti stipulati o aggiudicati in seguito a pubblico incanto”.

2. Ai sensi dell'art. 43 dpr n. 131/1986, in linea generale, la base imponibile ai fini dell'imposta di registro nelle cessioni a titolo oneroso è costituita dal valore del bene nei termini previsti dall'art. 51 dpr n. 131/1986. In particolare per gli atti che hanno per oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari e per quelli che hanno per oggetto aziende o diritti reali su di esse, si intende per valore il valore venale in comune commercio.

3. Ai sensi dell'art. 52 dpr n. 131/1986, nei casi in cui si assume a base imponibile il valore venale in comune commercio (ossia negli atti aventi ad oggetto beni immobili o diritti reali immobiliare e per quelli che hanno per oggetto aziende o diritti reali su di esse), qualora il prezzo o il valore indicato nell'atto non è ritenuto congruo dall'Agenzia delle Entrate la stessa può procedere ad un giudizio in ordine al valore dichiarato dalle parti ed eventualmente procedere alla rettifica del valore.

Secondo la giurisprudenza⁴ e la prassi⁵ tale disposizione deve considerarsi norma di carattere eccezionale, non suscettibile di interpretazione analogica o estensiva al di là dei casi (espropriazioni forzate e trasferimenti coattivi) in essa contemplati, il cui fondamento giustificativo consiste nell'esistenza di una forma pubblica di gara, svolta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa, la quale è idonea a garantire la determinazione di un prezzo di alienazione prossimo ai valori reali.

Ma tale orientamento fa riferimento alle vendite a trattativa privata, senza procedure competitive, sia pure svoltesi nelle procedure di concordato preventivo sotto il controllo del Giudice, non rinvenendosi precedenti di legittimità sull'art. 163 bis LF, introdotto dal D.L. 27 giugno 2015 n. 83 convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132.

L'art. 163 bis risponde all'esigenza di incrementare la concorrenza nell'ambito del concordato preventivo. La nuova norma, rubricata "Offerte concorrenti", intende infatti porre fine alla diffusa prassi dei c.d. concordati chiusi, ossia piani di concordato fondati sulla cessione dell'azienda, di un suo ramo o di un cespite particolarmente significativo ad un soggetto predeterminato, sovente già individuato nella fase antecedente la presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161 L.F., in un contesto paracivilistico in cui la cessione avveniva a trattativa privata sia pure articolata come strumento negoziale integrante il piano concordatario. L'art. 163 bis intende porre fine a queste prassi, ritenendole poco trasparenti ed efficienti, ed introduce pertanto l'obbligo di esperire una procedura competitiva⁶.

Si tratta quindi di se tale nuova procedura competitiva rientri nell'art. 44 del TU del Registro.

La CTP di Pescara, in linea con l'emergente giurisprudenza, ha evidenziato che "la vendita di beni immobili in sede di espropriazione forzata, cui fa riferimento l'art. 44 cit. (dpr n. 131/1986), non equivale a individuare le sole vendite di cui all'art. 553 e segg. del c.p.c. ma in esse vanno ricomprese anche le procedure competitive ex art. 107 L.F.", e stando alla concreta fattispecie anche quelle di cui all'art. 163 bis LF., "intendendosi con tale locuzione non

4. V., fra le altre, Cass. 12 ottobre 2018 n. 25526 in Giust. Civ. Mass. 2018; Cass. 21 giugno 2013 n. 15743, in RTDT 1/2014 con nota di Vignoli, *Sulla pretesa tassatività dei divieti di accertamento di valore per l'espropriazione forzata dei trasferimenti coattivi (il caso del concordato preventivo)*; Cass. 6 giugno 2007 n. 13217 in Giust. Civ. 2008, 1, 171; Cass. 22 aprile 2003 n. 6403 in Giust. Civ. Mass. 2003, 4; Cass. 8 marzo 2002 n. 3420 in Fall. 2003, 138; Cass. 19 gennaio 2001 n. 763 in Giur. Imp. 2001, 331.

5. Agen. Entr. Circ. n. 54 dell'11 ottobre 2007.

6. In merito v. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n.14-2020/E, *La cessione di beni nel concordato*, di A. Crivelli.

solo le vendite di cui al libro terzo, titolo II, del c.c. ma anche quelle vendite in cui vi sia l'intervento e il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa, soprattutto quanto al prezzo di aggiudicazione (pagato), potendosi ravvisare nella previsione una deroga generale secondo cui, ai fini dell'imposta di registro, la base imponibile va definita, per gli atti traslativi di immobili, nel valore venale del bene trasferito (art. 51 del dpr n. 131/86)".

Quanto sostenuto dai giudici pescaresi è conforme alla lettera ed alla logica sistematica degli artt. 44 TU del Registro, e 107 e 163 bis LF. Infatti, se la ratio della previsione sta nel fatto che nelle ipotesi previsti dall'art. 44 TU Registro non sono contestabili l'autenticità del prezzo pagato e il suo fondamento giustificativo "consiste nell'esistenza di una forma di pubblica gara, svolta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa, la quale è idonea a garantire la determinazione di un prezzo di alienazione prossimo ai valori reali", allora la stessa può essere applicata in tutte le ipotesi in cui sono rispettati tali condizioni.

Ebbene, sia nel caso di cui all'art. 107 L.F., sia nel caso dell'art. 163 bis medesima legge, il trasferimento del bene avviene a seguito di una procedura competitiva con gara al miglior offerente, nell'ambito di un procedimento predisposto dal Tribunale.

In particolare, nel caso di specie, i giudici pescaresi sono stati chiamati a pronunciarsi su una vendita ex art. 163 bis LF. E tale norme esplicita chiaramente la sua ratio, prevedendo che quando il piano di concordato comprende una offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, verso un corrispettivo in denaro o comunque a titolo oneroso dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il tribunale dispone la ricerca di interessati all'acquisto disponendo l'apertura di un procedimento competitivo; la norma prevede poi che il decreto che dispone l'apertura del procedimento competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili, i requisiti di partecipazione degli offerenti, le forme e i tempi di accesso alle informazioni rilevanti, gli eventuali limiti al loro utilizzo e le modalità con cui il commissario deve fornirle a coloro che ne fanno richiesta, la data dell'udienza per l'esame delle offerte, le modalità di svolgimento della procedura competitiva, le garanzie che devono essere prestate dagli offerenti e le forme di pubblicità del decreto⁸.

7. In tal senso Cass. 8 marzo 2002 n. 3420, *cit.*

8. Sono questi i profili valorizzati dalla giurisprudenza per giungere all'applicabilità dell'art. 44 TU del Registro alle vendite ex art. 163 bis L.F.; v. in particolare CTR Lombardia, n. 572/2/2019, con nota di Bartolini, *cit.*

Correttamente, quindi, i giudici pescaresi hanno ritenuto applicabile al caso di specie la previsione di cui all'art. 44 TU del registro, dal momento che nelle vendite ex art. 163 bis L.F. sono rispettate tutte le condizioni previste dalla normativa sul registro, avvenendo, il trasferimento, a mezzo di una procedura giudiziale competitiva in cui il controllo dell'autorità giudiziaria esclude la possibilità di una differenza tra il prezzo di aggiudicazione e quello effettivamente pagato.

Considerazioni conclusive

La soluzione della CTP di Pescara va accolta con favore. Infatti, se la ratio dell'art. 44 del TU sull'imposta di registro, come detto, va rinvenuta nel fatto che nelle ipotesi da essa contemplate non è contestabile l'autenticità del prezzo pagato in quanto "garantito" dall'esistenza di una forma di pubblica gara, svolta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria o amministrativa, ossia elementi idonei a garantire la determinazione di un prezzo di alienazione prossimo ai valori reali, allora non si comprende perché non si possa ricomprendere in tale previsione anche la procedura competitiva ex art. 163 bis LF.

Infatti, ogni qual volta la pubblicità della procedura e l'intervento di un soggetto terzo, come nelle vendite nell'ambito di una procedura concorsuale, sono in grado di determinare il prezzo in linea con quello previsto dal mercato, non vi dovrebbero essere limiti all'applicazione di tale disposizione.

In queste ipotesi infatti, il trasferimento del bene avviene, seppure nell'ambito di un concordato preventivo, per mezzo di una procedura competitiva svolta sotto il controllo del Giudice. Pertanto, non essendo contestabile l'autenticità del prezzo di trasferimento e dovendosi escludere la sua divergenza dal reale prezzo di mercato, così come garantito dalla procedura competitiva, deve ritenersi precluso l'accertamento del maggior valore.

È quindi auspicabile che l'Agenzia delle Entrate percepisca la ratio dell'art. 163 bis, rispondente alla nuova dimensione di un diritto concorsuale moderno, trasparente e centrato, sempre più, sulle logiche di mercato.

Francesca Miconi

Giurisprudenza penale

Corte d'Appello di L'Aquila - sentenza 28.5.2020 - Pres. Servino - Est. D'Arcangelo - Imp. C.

Processo penale - Natura penale del provvedimento dell'organo ecclesiastico - *Ne bis in idem* - Sentenza passata in giudicato emessa non da organo giudiziario di uno stato membro dell'Unione Europea - Rapporti tra Stato Italiano e Stato Città del Vaticano.

La condanna alla pena espiatoria perpetua del divieto di esercizio del ministero sacerdotale con minori di età, ed alle pene temporanee della sospensione dal ministero sacerdotale per un termine di tre anni e dell'obbligo di dimora per un periodo di cinque anni presso una struttura residenziale, con contestuale obbligo di seguire un percorso psicoterapeutico, inflitta con decreto dall'organo ecclesiastico, ha natura penale.

*Tra lo Stato italiano e quello Vaticano non opera il principio del *ne bis in idem*, che non è principio generale di diritto internazionale e che non può essere tratto né dall'art. 20 né dall'art. 23 del Trattato lateranense. (1)*

(omissis)

La questione preliminare sul “*ne bis in idem*”.

Le censure relative al rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione e/o improcedibilità per violazione del *ne bis in idem* è infondata.

Infatti, ammessa la natura penale della condanna inflitta all'imputato con il decreto dell'organo ecclesiastico, è principio consolidato in giurisprudenza quello per cui non operi, tra lo Stato italiano e quello Vaticano il principio del *ne bis in idem*.

Contrariamente a quanto si sostiene nell'atto di appello, tale principio non è un principio generale del diritto internazionale, come tale applicabile, ai sensi dell'art. 10 della Costituzione, nell'ordinamento interno (cfr. Cass. 21997/18, la quale ha affermato la giurisdizione italiana e l'inapplicabilità del principio del *ne bis in idem* in un'ipotesi assolutamente analoga a quella oggetto del presente giudizio).

Né l'operatività del principio del *ne bis in idem* potrebbe essere tratta, come sostenuto dall'appellante, da una norma internazionale pattizia, quale l'art. 23 del Trattato dell'11.2.1929, che stabilisce la piena efficacia giuridica,

anche a tutti gli effetti civili, in Italia, delle sentenze e dei provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche.

Giova rilevare, in proposito, che tale disposizione, nel riconoscere gli effetti civili delle sentenze emanate da autorità ecclesiastiche, non contiene alcuna deroga al principio della giurisdizione dello Stato italiano per i reati commessi nel suo territorio come stabilito dall'art. 6 c.p..

Né comporta l'inoperatività del principio dettato dall'art. 9 c.p. ("Nel caso indicato dall'art. 6, il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato, anche se sia già stato giudicato all'estero").

Il dato letterale della citata norma pattizia preclude, peraltro, l'interpretazione prospettata dall'appellante.

Infatti, se il primo comma fa riferimento alle sentenze emanate dai tribunali della Città del Vaticano (e il provvedimento prodotto dall'appellante non è costituito da una sentenza emanata da un Tribunale, bensì da un decreto emesso da un delegato nominato dal vescovo diocesano), il secondo comma attiene all'efficacia giuridica, anche a tutti gli effetti civili, di sentenze e provvedimenti emanati da autorità ecclesiastiche ed ufficialmente comunicati alle autorità civili circa persone ecclesiastiche religiose e concernenti materie spirituali e disciplinari, senza alcun richiamo al settore penale.

La norma, quindi, ha l'unico scopo di rendere intangibile ed eseguibile nell'ordinamento italiano un provvedimento, nei settori espressamente indicati, dell'autorità ecclesiastica.

Non v'è dubbio, inoltre, che non sia ravvisabile nel quadro delle norme concordatarie, alcun elemento da cui desumere che, in forza dell'art. 20 del Trattato, derivi un'adesione automatica della Santa Sede all'area Schengen, con conseguente applicazione del divieto del *ne bis in idem* stabilito per gli stati della UE.

L'art. 20, infatti, consente unicamente la libera circolazione di merci verso lo Stato Vaticano (e non viceversa), dalla quale non può farsi discendere, in difetto di un'esplicita pattuizione tra gli Stati, l'adesione all'area Schengen.

Né l'adesione formale ad un trattato potrebbe essere sostituita da *facta concludentia* come la mancanza di barriere doganali, non avendo nemmeno, il principio del *ne bis in idem*, natura di principio o consuetudine di carattere internazionale.

In conclusione, a prescindere dalla concreta afflittività della sanzione irrogata dall'autorità ecclesiastica, e richiamate tutte le argomentazioni contenute sul punto nella sentenza di primo grado, non vi sono ragioni per ritenere vigente, nei rapporti tra Italia e Stato Città del Vaticano, il principio del *ne bis in idem* sostanziale in materia penale.

NOTA (1)

La sentenza di primo grado, conforme a quella d'appello, è pubblicata su PQM II/2018, pp. 173 e ss. Sul tema del ne bis in idem internazionale v. anche Corte d'assise di Teramo, con nota di Anna Valvo, su PQM III/2015, pp. 143 e ss. Sempre sul tema del ne bis in idem (nel processo penale, nel doppio binario sanzionatorio e nel diritto internazionale), v. altresì Il principio del ne bis in idem, di Goffredo Tatozzi, Gregorio Equizi e Riccardo Di Girolamo, in PQM II/2018, Saggi, pp. 41 e ss.

Corte d'Appello di L'Aquila - sentenza 11.6.2020 - Pres. Est. Manfredi - Imp. R. + 4.

Processo penale - Riforma della sentenza assolutoria - Obbligo della motivazione rafforzata.

La riforma della sentenza assolutoria intervenuta in primo grado può avvenire solo sulla base di una forza argomentativa delle ragioni della colpevolezza degli imputati, che devono essere necessariamente esposte nell'atto di appello, dotata di scardinante efficacia persuasiva, poiché la decisione del primo giudice è di per sé indice dell'esistenza di un ragionevole dubbio circa la fondatezza dell'accusa.

(omissis)

Prima di ogni altra considerazione va rilevato che si è chiamati a valutare l'appello del P.M. che chiede la riforma di sentenza di primo grado di assoluzione e la Corte è consapevole del fatto che ad una riforma della sentenza assolutoria può addivenirsi, oltre che sulla base della rinnovazione della prova dichiarativa quando si tratta di rivalutare la attendibilità di dichiarazioni, comunque solo sulla base di una motivazione c.d. "rafforzata", non potendocisi limitare ad una lettura alternativa del medesimo compendio probatorio, senza poter sviluppare argomenti sulla scorta di nuove emergenze e della valutazione di elementi chiaramente non apprezzati o non apprezzati adeguatamente dal primo giudice, tanto da evidenziare oggettive carenze e insufficienze della decisione assolutoria, che deve quindi rivelarsi non più sostenibile. Infatti ha più volte da ultimo affermato la Suprema Corte, sulla scorta di varie decisioni della Corte EDU, che quando il giudice di appello, specie se in base ad immutato materiale di prova, afferma sussistere la responsabilità penale negata in primo grado, non può limitarsi ad una rilettura alternativa di detto materiale, ma deve spiegare perché, dopo il puntuale confronto con quanto di diverso ritenuto e argomentato dal primo giudice, il proprio apprezzamento è l'unico ricostruibile al di là di ogni ragionevole dubbio, in ragione di evidenti e gravi vizi logici ed inadeguatezze probatorie che abbiano caratterizzato il primo giudizio minandone la sostenibilità (Cass Sez VI 24.01.2013 n 8705). Si è in tal senso affermato che la regola di giudizio consacrata nell'art 533 comma I cpp richiede che in difetto di elementi non vagliati o mal valutati dal giudice di primo grado la eventuale rivisitazione in senso deteriore rispetto alla prima decisione dello stesso materiale probatorio acquisito nel precedente giudizio ed in quella sede non ritenuto idoneo per giustificare una pronuncia di colpevolezza, deve essere sorretta da elementi ed argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze e insufficienze valutative della decisione liberatoria, che così deve apparire non più sostenibile, neppure nel senso della

persistenza di ragionevoli dubbi sulla modificatrice affermazione di colpevolezza. Occorre in definitiva che la decisione di radicale riforma di una assoluzione non sia basata sulla semplice diversa valutazione, qualificata anche da pari razionalità e plausibilità rispetto a quella sviluppata dal primo giudice, o a nostro avviso anche di maggiore plausibilità ma che non attinga il livello della assoluta certezza ma che essa sia fondata e su nuovi elementi sopravvenuti e non valutati o su diverso apprezzamento del medesimo materiale di prova solo se dotato di effettiva e scardinante efficacia persuasiva, in grado di vanificare ogni ragionevole dubbio immanente nella delineatasi situazione di conflitto valutativo, in ragione di evidenti vizi logici e inadeguatezze probatorie. La prospettazione dell'accusa deve essere in grado di vanificare ogni punto di incertezza, dato che la diversa decisione del primo giudice di per sé è indice, quanto meno della esistenza di un ragionevole dubbio circa la fondatezza dell'accusa. Canone di valutazione della prova oggi normativizzato, che non consente più di riferirsi al criterio della ipotesi preferibile, del "più probabile che no", utilizzabile in sede civile. Invero l'intervento di modifica dell'art 533 cpp ha rappresentato una svolta nella tematica della valutazione della portata della prova idonea a fondare una sentenza di condanna. E ragionevole dubbio è quella situazione che, dopo tutte le considerazioni, dopo tutte le verifiche della prove raccolte, non consente di raggiungere una convinzione incrollabile sulla verità dell'accusa. Il che vuoi dire che, dinanzi ad una pluralità di spiegazioni possibili, non si può propendere per quella ritenuta preferibile, per quella solo più probabile. Al giudice non è dato più valutare secondo un parametro di competizione tra livelli di probabilità delle ipotesi alternative, per cui il P.M con il suo appello deve proporre l'unica storia accettabile, l'unica che spiega i fatti di causa, riconducendo le ipotesi diverse alla mera congettura, alla possibilità solo teorica, sfornita di qualsiasi supporto e probabilità, dimostrando che la decisione impugnata è *ictu oculi* errata. Quando la sentenza appellata comunque propone una lettura dei fatti accettabile, anche se meno probabile, il dubbio che si affaccia è ragionevole, non può ascrivere all'irragionevole, all'immaginario, alla possibilità solo astratta e l'appello non può ottenere accoglimento perché non è stato in grado di rendere evidente la sua erroneità.

Ed è allora evidente che alla luce di tali principi l'appello del P.M. deve avere analoga forza argomentativa.

Caratteristica che ad avviso della Corte l'appello del P.M. non possiede, come giustamente rilevato dalla difesa, dato che l'atto di impugnazione non riesce a scardinare gli argomenti del Tribunale, dimostrandone la radicale erroneità, svolgendo spesso considerazioni che ripropongono quelle disattese dal primo giudice e che in particolare non tengono in nessun conto delle stringenti argomentazioni della sentenza.

(omissis)

Tribunale di Pescara - decreto 29.2.2020 - G.I.P. Sarandrea - Ind. S. + 4

Bancarotta fraudolenta per distrazione - Cessione di azienda - Procedura competitiva con offerte concorrenti (art. 163 bis L.F.) - Insussistenza del delitto.

La cessione a terzi dell'azienda da parte della società, poi fallita, nell'ambito della c.d. procedura competitiva attuata nell'ambito del concordato (ai sensi dell'art. 163 bis L.F.) non può costituire condotta distrattiva, in quando attuata sotto il controllo giudiziario attraverso una valutazione di congruità del commissario giudiziale.(1)

(omissis)

Non va condiviso al contrario l'assunto accusatorio con riguardo ai fatti inerenti la cessione de ramo d'azienda alla società M. s.r.l.

Qui infatti deve notarsi come tale cessione, avvenuta il *(omissis)*, si è realizzata all'interno della c.d. procedura competitiva attuata nell'ambito del concordato. Il controllo giudiziario dell'operazione e l'assenza di controindicazioni alla stessa nello sviluppo della procedura, non consente di inferirne la natura illecita e ciò quand'anche si ritenesse che la cessione sia avvenuta al prezzo di *(omissis)* inferiore dunque a quello stimato dall'Agenzia delle Entrate (pari ad *(omissis)*), proprio in ragione del fatto che tale operazione è avvenuta nell'ambito di una procedura sottoposta a controllo giudiziario attraverso una valutazione di congruità del commissario giudiziale.

L'assenza di elementi indicativi dell'illiceità dell'operazione si riflette conseguentemente sulla richiesta del sequestro avanzata dal P.M. che pertanto sul punto non può trovare accoglimento.

(omissis)

NOTA (1)

La decisione appare coerente col principio affermato da CTP Pescara, sentenza 30 dicembre 2019, n. 788, sulla medesima fattispecie. Pubblicata in questo numero della Rivista, nella sezione "Giurisprudenza Tributaria".

Tribunale di Chieti - Ord. 19.9.2019 - Pres. est. Campi - Ind. A.

Delitti tributari - Sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato - Preventiva escussione del patrimonio dell'ente beneficiario del reato - Necessità

In tema di reati tributari commessi dai legali rappresentati della persona giuridica, è consentito procedere al sequestro preventivo, finalizzato alla confisca per equivalente del profitto del reato, dei beni personali degli amministratori solo nell'ipotesi in cui il profitto o i beni ad esso riconducibili non siano più nella disponibilità della persona giuridica che ha tratto vantaggio dal reato contestato.

La verifica dell'inesistenza dei beni in capo alla persona giuridica deve precedere l'esecuzione del sequestro ai danni della persona fisica, e può essere compiuta allo stato degli atti sulla base di elementi sintomatici.

Con provvedimento reso in data *(omissis)*, ed eseguito nei confronti dell'indagato-ricorrente A. in data *(omissis)*, il G.I.P. del Tribunale di Lanciano disponeva, su richiesta del Procuratore della Repubblica di Lanciano del *(omissis)*, il sequestro preventivo di "somme costituenti profitto o prezzo del reato di cui è consentita la confisca, meglio indicati a pag.183 - 184 della richiesta del P.M, ovvero di beni di cui i rei hanno la disponibilità per un valore corrispondente a detto profitto o prezzo.", in relazione ai reati di cui agli artt.110 C.P. e 2 e 8 D.lgs. n.74/2000, iscritti a carico del medesimo (capi 8), 22) e 27) della imputazione provvisoria di cui alla richiamata richiesta del P.M.). Avverso il suddetto provvedimento ha proposto riesame l'indagato, con atto originario depositato il *(omissis)* e con atto successivamente depositato in data *(omissis)* contenente i seguenti motivi:

(omissis)

2. Illegittimità del decreto di sequestro per mancata preventiva escussione del patrimonio delle Società coinvolte. Da un'attenta disamina della motivazione addotte dal P.M., e fatte proprie dal G.I.P., non si comprende come possa essere stata rinvenuta la motivazione circa l'impossibilità di disporre il sequestro preventivo diretto sui patrimoni societari prima dell'esecuzione nei confronti dell'odierno indagato. Com'è notorio, e come giurisprudenza pacifica sistematicamente conferma, in tema di reati tributari commessi dai legali rappresentanti della persona giuridica, il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto può essere disposto sui beni personali degli amministratori solo nell'ipotesi in cui il profitto o i beni ad esso ricon-

ducibili non siano più nella disponibilità della persona giuridica che ha tratto vantaggio dalla commissione del reato contestato. Solo in questa ipotesi il P.M. è legittimato a chiedere al G.I.P. il sequestro preventivo nella forma “per equivalente” invece di quella diretta (*ex multis* Cass. Pen. 6053/ 2017). Per completezza d’esposizione si evidenzia come anche nell’ipotesi di sequestro a struttura mista, pur se non è necessaria la preventiva verifica della infruttuosità o incapienza eseguita preventivamente all’esecuzione del decreto di sequestro è in ogni caso necessario che l’accertamento della infruttuosità del patrimonio dell’ente avvenga comunque in un momento precedente all’aprensione dei beni della persona fisica. Nel caso di cui si discute, non vi è agli atti nessun elemento da quale desumere un minimo di motivazione circa l’infruttuosità di ricerca nei confronti delle società coinvolte, segnatamente della (omissis) s.r.l., prima di intervenire sui beni diretti e personali dell’indagato. Né dalle motivazioni del G.I.P. emergono risultanze negative sui patrimoni delle società. Se il P.M. avesse effettuato un minimo di attività atta ad accertare l’entità economica del patrimonio delle società coinvolte, e non ve n’è traccia in atti, avrebbe riscontrato che la (omissis) s.r.l. ha nel proprio patrimonio un’ingente somma che avrebbe garantito sicuramente gli importi che si assumono quale prezzo del reato ipotizzato, che comunque avrebbe sicuramente garantito gli importi per l’Erario. Nulla osta l’adozione di una misura cautelare reale in vigore di una procedura di concordato, accesa sulla (omissis) s.r.l. dal momento che, per conforme costante giurisprudenza sia in materia civile che penale, le somme di società sottoposte a procedure concorsuali possono essere del tutto lecitamente oggetto di sequestro (Cass. Pen. 52428/2018). Qualora Codesto On.le Collegio volesse ritenere che il provvedimento di sequestro non possa disporsi nei confronti della società (omissis) s.r.l. in quanto i reati per i quali si procede non rientrano tra quelli presupposti dal D.lgs. 231/2001, seguendo l’orientamento dottrinario che afferma come “qualora si verifichi un divario tra autore (persona fisica) del fatto criminoso e mero beneficiario del profitto dell’illecito, e quest’ultimo sia una persona giuridica, nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato, non sia possibile applicare la sanzione in esame, mancando una disposizione che espressamente contempli il potere di colpire il patrimonio del fruitore dell’evasione fiscale in quanto estraneo al delitto”, dovrà considerare come il Supremo Collegio al fine di porre rimedio a tale lacuna, con la sentenza n.28731/2011 ha statuito che il Decreto Legislativo n. 231 del 2001 non costituisce un limite all’applicazione della confisca per equivalente dei beni dell’ente collettivo nelle ipotesi di reati tributari commessi dall’amministratore o dal legale rappresentante della società, e che è

sequestrabile il patrimonio dell'ente, che non può considerarsi terzo estraneo al reato, in quanto destinatario del profitto dell'illecito commesso dal suo legale rappresentante. Dagli atti di causa emerge senza inequivocabile dubbio che tutte le operazioni, asseritamente preordinate all'evasione, hanno prodotto nei confronti della (omissis) s.r.l. (nei capi contestati al dott. A.), un risparmio d'imposta che non ha trovato, però, contropartita economica in uscita dal patrimonio societario restando, quindi nella disponibilità dell'Ente. Il principio sancito dalla sentenza in esame recita che "il reato è addebitabile all'indagato, ma le conseguenze patrimoniali ricadono sulla società a favore della quale la persona fisica ha agito salvo che si dimostri che vi è stata una rottura del rapporto organico; questo principio, pacificamente accolto dalla giurisprudenza di legittimità, non richiede che l'ente sia responsabile a sensi Decreto Legislativo n.231/2001 (...) la società ricorrente non può considerarsi terza estranea al reato perché partecipa alla utilizzazione degli incrementi economici che ne sono derivati; dal momento che il profitto non si può collegare, per la tipologia dell'illecito, ad un bene individuabile, il sequestro non poteva che essere disposto per equivalente", confermando dunque l'illegittimità della misura cautelare disposta nei confronti dell'odierno indagato, che quindi va inevitabilmente annullata.

(omissis)

Tanto esposto, ha richiesto l'annullamento del decreto di sequestro preventivo impugnato, con ogni consequenziale provvedimento.

All'udienza camerale del (omissis), appositamente fissata, interveniva la Difesa del ricorrente che insisteva per l'accoglimento del ricorso; indi il Tribunale, acquisita tutta la documentazione *hinc et deinde* prodotta, si riservava la presente decisione, di poi definendo il riesame, nei termini di cui al dispositivo più oltre riprodotto, che era comunicato alle parti, con motivazione separata che si rende con la presente nei termini seguenti.

Va statuito l'accoglimento della impugnazione.

Si osserva, infatti, come appaia fondato il secondo motivo di gravame, che conduce all'annullamento del provvedimento reclamato senza che necessiti la disamina degli altri motivi, laddove è agevole rilevare come né il decreto del G.I.P. del (omissis), né la richiesta del P.M. del (omissis) dal decreto G.I.P. richiamata, né la comunicazione di notizia di reato, a sua volta richiamata dalla ridetta richiesta del P.M., recano alcun cenno alla impossibilità di aggredire i beni delle società che si sono avvantaggiate delle violazioni finanziarie in contestazione in relazione alla posizione in esame, come, invece, dovevasi, alla luce del consolidato indirizzo della S.C. di Cassazione (cfr., tra le tante e più recenti, Cass. Sez. III Pen. n.3591/2019) - che questo Tribunale integralmente

condivide e fa proprio - che consente di procedere alla confisca per equivalente dei beni del singolo (ovvero di apporvi cautele reali in corso del procedimento), solo all'esito di una preventiva valutazione sullo stato patrimoniale della persona giuridica che conduca ad un giudizio negativo circa la possibilità di procedere a sequestro diretto del profitto del reato nel patrimonio dell'ente che ha tratto vantaggio dalla commissione del reato, ancorché tale giudizio debba compiersi allo stato degli atti sulla base di elementi sintomatici dell'inesistenza di beni in capo alla persona giuridica sulla base dei quali possa validamente ritenersi inutile procedere alla preventiva escussione del patrimonio sociale. Come si vede, per il caso di specie, essendo indubbio che si è proceduto a sequestro funzionale alla confisca per equivalente, una tale analisi è mancata totalmente, ovvero non se ne dà conto nei richiamati provvedimenti oggetto del presente scrutinio, con quanto ne consegue nei termini detti, tanto più che la Difesa ricorrente ha dato dimostrazione di una certa capacità patrimoniale delle società avvantaggiate (in specie della (*omissis*) s.r.l.), producendo apposito estratto-conto (doc. n. 2), essendo, peraltro, irrilevante la esistenza di una procedura di concordato preventivo (cfr., sull'argomento, Cass. Sez. IV Pen. n.7550/2019). Da quanto sopra detto consegue la insussistenza dei presupposti per procedere nei termini cautelari in discussione. Si impone, pertanto, in accoglimento della impugnazione, l'annullamento del decreto di sequestro preventivo emesso in data (*omissis*) dal G.I.P. del Tribunale di Lanciano, limitatamente alla posizione di A., statuizione alla quale conseguono per diritto e per logica il dissequestro e la immediata restituzione di quanto sottoposto a cautela reale in sua esecuzione in data (*omissis*).

Tribunale di Pescara - Sent. 19.7.2019 - G.U.P. Di Carlo - Imp. T. +1

Circostanze del reato - Divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata (art. 69, co. 4, c.p.)

L'art. 69, co. 4, cp., fa divieto di assegnare prevalenza alle circostanze attenuanti rispetto alla recidiva reiterata.(1)

(omissis)

L'imputato T. è gravato da più precedenti penali, di cui tre per rapine commesse negli anni *(omissis)*, di talché le condotte delittuose all'attenzione processuale dello stesso segno devono ritenersi espressione di una sua accentuata pericolosità accresciutasi nel tempo e della contestazione della recidiva reiterata deve farsi concreta applicazione sanzionatoria.

Tuttavia, nell'ottica di dosimetria della pena, non può trascurarsi che T., oltre ad ammettere la sua responsabilità per la rapina del *(omissis)* in sede di interrogatorio di garanzia, prima al G.I.P. e poi al P.M. ha confessato di iniziativa di aver commesso le altre due rapine e ciò può valorizzarsi per la concessione delle circostanze attenuanti generiche in regime di equivalenza rispetto ad aggravanti e recidiva, stante l'operatività del divieto all'art. 69 ultimo comma c.p.

(omissis)

NOTA (1) - Comparazione ed esclusione del giudizio di prevalenza tra circostanze attenuanti generiche ex art 62 bis C.p. e recidiva ex art. 99 comma 4 C.p.: questione di legittimità costituzionale.

Il G.u.p. di Pescara mostra nel corpo motivazionale della sentenza di condanna di apprezzare in ottica dosimetrica l'iniziativa confessoria assolutamente genuina dell'imputato, trovandosi tuttavia impossibilitato a traslare gli effetti premiali di tale condotta in regime di prevalenza rispetto ad aggravanti e recidiva, "stante l'operatività del divieto all'art. 69 ultimo comma c.p."

La richiamata disposizione sembra preferire, all'interno di un iniquo giudizio di comparazione effettuato ex ante dal legislatore, anziché ex post dal Giudice, gli aspetti della colpevolezza e della (presunta) pericolosità del reo, emergenti sic et simpliciter dalla mera fredda lettura del certificato del casellario giudiziale del prevenuto, piuttosto che valorizzare aspetti individualizzanti quali, tra i tanti esempi, l'eventuale contributo effettivamente apportato dall'imputato (nella richiamata vicenda, mediante una piena, spontanea ed esaustiva confessione).

Tale divieto si pone in evidente contrasto in primis col principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione, dal momento che la disposizione di cui all'art. 69 ultimo comma c.p. appare idonea a produrre sperequazioni e conseguenze sanzionatorie del tutto irragionevoli: essa finirebbe, in molti casi, ad equiparare, quantomeno sul piano sanzionatorio, vicende estremamente dissimili ed espressive di un differente livello di allarme sociale mortificando ogni concreta velleità resipiscente.

Si pensi all'ipotesi in cui il recidivo reiterato, al quale risultino concesse le circostanze attenuanti generiche (seppur in regime di equivalenza) in ragione di una piena, spontanea ed esaustiva confessione, venga punito con la medesima pena applicata al recidivo reiterato specifico (autore del medesimo reato) al quale venga concessa una riduzione di pena, per l'applicazione di indici dosimetrici di favore non sintomatici di obiettiva resipiscenza e non espressivi di un'effettiva collaborazione come nel primo caso (ad esempio, in ragione della mera condizione di vita individuale, familiare e sociale del reo, ex art. 133, comma 2, n.4 c.p.).

L'automatismo contenuto nell'art. 69 ultimo comma c.p. finirebbe così per disincentivare la scelta del reo di ravvedersi e di contribuire all'accertamento dei fatti oggetto di imputazione, atteso che, dal suo ravvedimento e dalla sua cooperazione, non deriverebbe alcun beneficio premiale ed alcuna concreta diminuzione di pena ma, vieppiù, una mortificante vessazione nel momento sanzionatorio del tutto indifferente alla personalizzazione della pretesa punitiva ed una compressione del momento di prevenzione generale della pena che, in tal guisa, non riverbera effetti volti ad evitare la punizione, ovvero, la commissione di ulteriori reati anche da parte di persone rimaste impuniti in carenza di una chiamata in correità con evidenza premiale.

La richiamata norma di cui al quarto comma dell'art. 69 c.p. risulta, altresì, contraria ai principi costituzionali difesi e consacrati dagli artt. 3, 25, comma 2, e 27, comma 3, della nostra Carta Costituzionale, giacché una pena obiettivamente disancorata rispetto alla gravità del reato ed alla condotta del reo, dunque avulsa e distante dalla realtà fenomenica, non potrebbe né correttamente assolvere alla funzione di ristabilimento della legalità violata, né essere avvertita dal condannato come equa, giusta e rieducatrice: minerebbe in nuce l'accesso alla prevenzione speciale.

La rilevanza ed attualità della vicenda risultano testimoniate dai plurimi interventi spiegati dalla Corte Costituzionale negli ultimi anni.

Detta questione appare in grado di generare conseguenze negative che non si risolvono in un mero esercizio di natura teorica, bensì potenzialmente lesive degli interessi dei prevenuti, costretti a patire pene maggiori rispetto a

quelle che i Giudici di merito, all'esito dell'attività dosimetrica, vorrebbero applicare loro.

La Corte Costituzionale ha a più riprese affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'art. 69 comma quarto c.p., giungendo in molti casi a dichiararne la contrarietà ai principi sanciti nella nostra Costituzione.

Tra le molte sentenze (cfr. Sent. n. 251/2012; Sent. n. 105/2014; Sent. n. 106/2014; Sent. n. 205/2017) si segnala, in particolar modo, la pronuncia n. 74 del 7 aprile 2016, con cui i Giudici Costituzionali ebbero a dichiarare illegittimo il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 7, D.P.R. 309/90 (beneficio la cui concessione si fonda, com'è noto, su di un contributo di effettiva cooperazione prestata dall'imputato) sulla contestata recidiva ex art. 99 comma quarto c.p.

Lo stesso ragionamento effettuato nella richiamata sentenza dalla Corte Costituzionale appare potersi applicare, mutatis mutandis, anche a fronte di una condotta susseguente al reato di particolare significato, ossia a fronte di una effettiva collaborazione con efficacia pregnante, ovvero, in ragione di una piena, genuina ed esaustiva confessione che giustifichi la concessione, in regime di prevalenza sulla contestata recidiva, dei benefici sottesi al riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche.

Siffatto orientamento si porrebbe peraltro nel solco dell'impostazione, già affermata dai Giudici Costituzionali nella sentenza n. 183 del 2001, secondo cui la rigida presunzione criminale del reo, fondata esclusivamente sulla lettura del casellario giudiziale ed in grado di precludere l'applicazione prevalente delle circostanze attenuanti generiche, risulti essere "inadeguata ad assorbire e neutralizzare gli indici contrari, che possono desumersi, a favore del reo, dalla condotta susseguente, con la quale la recidiva reiterata non ha alcun necessario collegamento. Mentre la recidiva rinviene nel fatto di reato il suo termine di riferimento, la condotta susseguente si proietta nel futuro e può segnare una radicale discontinuità negli atteggiamenti della persona e nei suoi rapporti sociali".

Goffredo Tatzzi

Tribunale di L'Aquila – Giudice dell'esecuzione - Ord. 19.12.2019 – Est. Cervellino – Ric. M.

Esecuzione penale – Questioni sul titolo esecutivo.

L'accoglimento da parte del giudice dell'esecuzione dell'istanza volta a far dichiarare la non irrevocabilità (ed esecutività) della sentenza ha effetto assorbente e prevalente rispetto alla eventuale proposizione dell'istanza di restituzione nel termine, atteso che alla declaratoria di sospensione dell'esecuzione consegue di diritto una nuova decorrenza del termine per l'impugnazione, secondo l'espressa previsione dell'art. 670 c.p.p., comma 1, u.p.

(omissis)

L'istanza può essere accolta. Nel merito si osserva che il M. era dichiarato contumace all'udienza del 12.6.2012 e così indicato nei verbali relativi alle successive udienze, svoltesi sino al 28.1.2014, quindi, a partire dall'udienza del 27.5.2015, a seguito dell'entrata in vigore della L. 67 del 2014 e in tutti i successivi verbali era indicato come assente, pur in mancanza di una formale dichiarazione di assenza e anche se nessuna nuova ricerca e nessun nuovo tentativo di notifica fossero stati effettuati nei suoi riguardi, ai sensi dell'art. 420 bis, c.p.p., di nuova introduzione. All'esito della pronuncia della sentenza di condanna non veniva effettuata nei suoi riguardi la notifica dell'avviso di deposito dell'estratto della stessa, ai sensi dell'art. 548, comma 3, c.p.p., poi abrogato, nella sua originaria formulazione proprio dalla citata legge 67/2014. Orbene, l'art. 15 bis della legge appena citata, introdotto con la L. 118/2014, in vigore dal 22.8.2014, al comma 2, stabilisce espressamente che "... le disposizioni vigenti prima della data di entrata in vigore della presente legge continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della presente legge quando l'imputato è stato dichiarato contumace e non è stato emesso il decreto di irreperibilità". Nel caso che ci occupa, come sopra rilevato, l'imputato era stato dichiarato contumace nella vigenza del regime previgente alla novella introdotta con L. 67/2014, regolativa del c.d. processo in assenza e mai è stato dichiarato irreperibile. Sussistevano, pertanto, le condizioni perché al medesimo fossero applicate le norme vigenti prima della riforma, ivi compreso l'art. 548, comma 3, c.p.p. nella parte in cui prevedeva notifica dell'avviso di deposito e dell'estratto della sentenza all'imputato contumace, a tutela, evidentemente, della posizione dello stesso. Ne deriva che, in applicazione di tale norma, e in mancanza della detta notifica, non sono decorsi i termini necessari per impugnare e la sentenza di condanna n.633/2016, mai è divenuta irrevocabile. Non si ritiene di dover pronunciare in ordine alla

richiesta di restituzione del termine in quanto l'art. 670, c.p.p., prevede che il g.e. possa adottare tale decisione solo qualora non debba pronunciare la non esecutività del provvedimento giudiziale. In tal caso, invero, la sentenza 633/2016 contempla condanna a pena sospesa condizionalmente, ma costituisce, comunque, titolo formalmente irrevocabile e astrattamente eseguibile — trascurando, peraltro, la concreta eseguibilità della condanna al pagamento delle spese processuali — , per cui ne va, in questa sede dichiarata la non esecutività, con la conseguenza che la richiesta, formulata in via subordinata, per la restituzione del termine ad impugnare risulta assorbita dall'accoglimento della domanda principale.

(omissis)

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – Sentenza del 16 giugno 2020 n. 228 - Pres. Umberto Realfonzo - Est. Mario Gabriele Perpetuini

Corsi di laurea – Professioni sanitarie - Immatricolazione – Numero chiuso – Offerta formativa – Fabbisogno di professionalità medica – Posti residui – Piena utilizzazione – Frequenze di corsi – Esami – Università straniera – Corrispondenza di studi – Esami - Diniego di riconoscimento – Inadeguata motivazione - Illegittimità

1. *La disciplina prevista per le immatricolazioni ai Corsi di laurea delle professioni sanitarie stabilisce la partecipazione a questi, senza distinzione tra studenti comunitari e studenti extracomunitari residenti all'estero, in relazione alle risorse disponibili. Ciò che assume rilevanza, ai fini della determinazione del "numerus clausus", è essenzialmente la valutazione dell'offerta potenziale del sistema universitario, rispetto alla quale il fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo va considerato alla stregua di criterio subordinato e, quindi, non vincolante (conf.: Cons. Stato Sez. VI, 10.9.2009 n. 5434; Cons. Stato, Sez. VI, 28.2.2012, n. 647; TAR Sicilia, Catania, 9.3.2012, n. 614).*

2. *L'Università deve essere tenuta ad utilizzare i posti residui, individuati all'esito della "verifica delle capacità ricettive delle strutture universitarie". L'acquisizione di un numero di studenti inferiore rispetto alle complessive potenzialità recettive dell'Università si pone in violazione della dichiarata finalità di pubblico interesse perseguita dalla programmazione delle immatricolazioni, funzionale alla piena e completa saturazione di tutti i posti disponibili, della domanda di formazione professionale e, sotto il profilo finanziario e di bilancio dell'Ateneo, potrebbe porsi anche in contrasto con l'obiettivo di adeguata alimentazione delle entrate mediante le tasse degli studenti.*

3. *L'attività svolta dalla Commissione-Pratiche del Corso di Odontoiatria dell'Ateneo di destinazione è illegittima, in quanto non riconosce alcune frequenze dei corsi di discipline relative al terzo anno accademico di Odontoiatria nonché alcuni esami sostenuti e i crediti acquisiti dallo studente, senza idonea motivazione. Non si comprende, infatti, la motivazione per cui la Commissione non abbia convalidato discipline frequentate dal ricorrente,*

specie se si considera che alcune di esse siano corrispondenti nei rispettivi ordinamenti degli studi dell'università albanese e aquilana.

(omissis)

FATTO

Con il gravame in epigrafe il ricorrente insorge per ottenere l'annullamento, previa adozione di misure cautelari, del Decreto firmato dal Rettore dell'Università dell'Aquila, nella parte in cui dichiara il ricorrente non ammesso al trasferimento al Corso di Odontoiatria e P.D., nonché dei relativi atti istruttori e di tutti gli atti amministrativi impugnati.

Il ricorrente, iscritto al III anno di Corso di Laurea Magistrale in Odontoiatria e P.D. presso l'Università degli Studi "Nostra Signora del Buon Consiglio" di Tirana, ha presentato domanda di partecipazione alla selezione di cui al D.R. n. 1241/2018.

In data 29.01.2019 veniva pubblicato il D.R. oggetto di ricorso, da cui risultava che il ricorrente non era tra gli ammessi al corso di Laurea in Odontoiatria in quanto per l'a.a. 2018/2019 il posto al IV anno non era disponibile ex art. 1 D.R. N. 1214/2018.

Ritenendo il comportamento della resistente illegittimo e illecito, il ricorrente proponeva il ricorso per i seguenti motivi:

1. "illogicità dell'azione amministrativa e violazione del principio di ragionevolezza in ordine alla omessa valutazione della carriera universitaria del ricorrente a prescindere dall'anno di iscrizione nell'ateneo di provenienza al fine di concorrere sui posti disponibili in base agli esami effettivamente sostenuti";
2. "violazione e falsa applicazione della l. n. 241/90 e ss.mm. e ii. e in particolare violazione dell'obbligo di comunicazione di cui all'art.10bis";
3. "carezza di istruttoria, sviamento e difetto di motivazione";
4. "eccesso di potere per violazione del generale principio di proporzionalità rispetto al fine pubblico con riferimento ai posti assegnati agli studenti comunitari ed extracomunitari residenti all'estero e non utilizzati a richiesta per trasferimenti ad anni successivo al primo";
5. "violazione del diritto allo studio ed eccesso di potere per disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta nei riguardi di studenti che chiedono l'iscrizione ad anni successivo al primo mediante riconoscimento dei crediti formativi maturati nel medesimo corso di laurea in presenza di posti riservati agli studenti extracomunitari residenti all'estero non assegnati ovvero a vario titolo determinatisi anche in corso d'anno accademico";
6. "violazione e falsa applicazione del principio europeo di non discriminazione e degli artt. 2, 3, 4, 33, 34 e 97 Cost.";

7. “violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 3 e 4 della l. 2/8/99 n. 264 con riferimento agli artt. 2, 3, 4, 33, 34 e 97 Cost.”;

8. “violazione e falsa applicazione del trattato di Funz. Un. Europea art. 3, comma 1 lett. b, art. 49, comma 2, art. 53, art. 57, art. 101 comma 1 nonché art. 117 comma 1 Cost.”;

9. “violazione dei generali principi che regolano le procedure di evidenza pubblica con particolare riferimento all’utilizzazione di tutte le vacanze di posti, inclusi quelli programmati e non assegnati agli stranieri non residenti in Italia sia nell’anno accademico 2018/2019 sia residuati dagli anni precedenti ovvero a qualunque titolo determinantisi in corso d’anno accademico”.

Costituitasi in giudizio, l’Università degli studi dell’Aquila si opponeva alle richieste formulate dal ricorrente.

Con ordinanza n. 59-2019, questo TAR accoglieva l’istanza cautelare, sospendendo l’efficacia del decreto oggetto di ricorso, nella parte in cui dichiara il ricorrente non ammesso al trasferimento al corso di Odontoiatria, disponendo il riesame della domanda del Muscariello da parte della Commissione competente.

Con ricorso per motivi aggiunti il ricorrente chiedeva, previa adozione di misure cautelari, l’annullamento della nota prot. 21485 del 21-05-2019 a firma del direttore generale, nella parte in cui è affermato che l’iscrizione non può essere consentita; della delibera firmata dal presidente della commissione pratiche, per non aver convalidato le frequenze del ricorrente relative al II e III anno accademico presso l’ateneo di provenienza, nonché nella parte in cui dispone il riconoscimento degli esami e l’iscrizione al III anno, in quanto contrastante con il verbale di seduta.

Per quanto concerne la nota prot. 21485, il ricorrente deduceva l’illegittimità per i seguenti motivi:

1. “Incompetenza della struttura organizzativo-amministrativa a decidere sulla domanda di trasferimento dello studente in contrasto con la struttura accademico-didattica”;

2. “violazione e falsa applicazione della L. n. 241/90 e ss.mm. e in particolare violazione dell’obbligo di comunicazione ex art. 10bis”;

3. “violazione del diritto allo studio ed eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità rispetto al fine pubblico, per disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta nei riguardi di studenti che chiedono l’iscrizione ad anno successivo al primo mediante riconoscimento dei crediti formativi maturati nel medesimo corso di laurea in presenza di posti riservati agli studenti extracomunitari residenti all’estero non assegnati nell’anno accademico in corso e/o residuati dagli anni precedenti ovvero a vario titolo determinatisi

anche in corso d'anno accademico”;

4. “violazione degli artt. 3 e 97 cost., del diritto allo studio ed eccesso di potere per disparità di trattamento ed ingiustizia manifesta per l'adozione di decisioni fra loro contrastanti adottate dallo stesso organo”.

Per quanto concerne la delibera del 7 maggio della Commissione pratiche del corso di L.M. in Odontoiatria e P.D.:

5. “illogicità dell'azione amministrativa, manifesta ingiustizia, contraddittorietà, contrarietà al principio di continuità e di affidamento nonché del principio di ragionevolezza in ordine alla valutazione della carriera universitaria dello studente”;

6. “violazione delle norme, principi e criteri disciplinanti il riconoscimento dei crediti di cui al reg. didattico di ateneo adottato con D.R. 2114/2012 del 18/09/2012, modificato con D.R. 438/2016 del 8/04/2016, modificato con D.R. 777/2018 del 17/7/2018”;

7. “violazione delle norme, principi e criteri del reg. didattico del corso di laurea magistrale in Odontoiatria e P.D. anno accademico 2018/19”;

8. “violazione art.35 reg. didattico dell'ateneo e art.6 reg didattico di Odontoiatria nonché eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità rispetto al fine pubblico con riferimento ai posti non utilizzati a richiesta per le immatricolazioni/passaggi ad anno successivo al primo escludendo aprioristicamente l'iscrizione come ripetente del III anno”;

9. “insufficiente ovvero assoluta carenza di motivazione dell'art.30 punto 6 reg. didattico dell'ateneo e dell'art.18 punto 4 del reg. didattico di Odontoiatria”.

Con ordinanza n.138/2019 il TAR accoglieva la domanda cautelare, sospendo l'atto gravato.

(omissis)

DIRITTO

1.§. Il 4 e 5 motivo del ricorso introduttivo e il 3 del ricorso per motivi aggiunti possono essere trattati in modo congiunto considerata l'omogeneità delle censure dedotte.

La preclusione all'istanza del ricorrente, con iscrizione nell'elenco dei non ammessi, alla luce del Decreto rettorale 818/2018 del 24.07.2018 recante “Posti disponibili ad anni di corso successivi al primo per i corsi di laurea di area medica e sanitaria – a.a. 2018/2019” (Bando di selezione), fonda sulla circostanza che l'aspirante concorre unicamente per un posto del IV anno del Corso di laurea magistrale in Odontoiatria, in quanto proveniente dal terzo anno del medesimo Corso di Laurea presso l'Università d Tirana.

Dalla tabella allegata al citato bando risulta che i posti per non comunitari

non ricompresi nell'art. 26 della legge n. 189/2002, vale a dire residenti all'estero, non sono resi disponibili - da qui la cifra zero assegnata alla specifica colonna per ogni Corso di professione sanitaria - per iscrizioni ad anni successivi al primo, a ciò ostando l'art. 10 del Bando del concorso di ammissione ai Corsi di Laurea Magistrale a ciclo unico in Medicina e Chirurgia e in Odontoiatria e Protesi Dentaria - a.a. 2018/2019 - Rep. n. 721/2018 - Prot. n. 29354 del 2.7.2018 - Anno 2018 fasc. V/2.15 pubblicato sul sito istituzionale dell'ateneo in parola, ai sensi del quale "I posti eventualmente risultati non coperti, nell'ambito della graduatoria riservata ai candidati non comunitari residenti all'estero, non potranno essere utilizzati a beneficio dei candidati comunitari e non comunitari di cui all'art. 26 della L. n. 189/2002, non rientrando i posti riservati ai candidati non comunitari residenti all'estero nella programmazione di cui all'art. 1 della L. n. 264/1999".

Altresì la nota prot. 21485 del 21.05.2019, a firma del direttore generale nega l'iscrizione al ricorrente affermando che, pur avendo deliberato la Commissione competente l'ammissibilità al II anno di Corso di Odontoiatria e P.D., "l'iscrizione non può essere consentita" per indisponibilità di posti al II anno senza valutare la disponibilità dei posti riservati agli studenti extracomunitari.

Le censure dedotte con i motivi di ricorso citati sono fondate.

Ad avvio del collegio i provvedimenti citati sono illegittimi nella parte in cui non è stato consentito, al ricorrente, di concorrere né su posti disponibili relativi ad anno di Corso diverso dal IV (II e III) né sui posti programmati per gli studenti extra-UE ma non assegnati.

Come già affermato da questo collegio "In particolare la ricorrente sostiene che coprire posti a vario titolo inutilizzati costituisce per l'Ateneo un atto dovuto, poiché la programmazione del numero degli ammessi ai Corsi di Odontoiatria (per italiani, comunitari ed extracomunitari) risulta effettuata anche in relazione alle capacità delle strutture didattiche dei singoli Atenei, oltre che in relazione al fabbisogno di professionalità da parte del Servizio Sanitario Nazionale.

Non a caso, l'art. 3 della legge 2.8.1999 n. 264 stabilisce che il Ministro dell'Università e della Ricerca Scientifica determina annualmente, a livello nazionale, il numero di posti per l'iscrizione ai corsi di laurea nell'area medica "sulla base della valutazione dell'offerta potenziale del sistema universitario, tenendo anche conto del fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo".

La censura è fondata.

Si osserva, infatti, che un certo numero di posti, rientrante tra quelli pro-

grammati annualmente, va attribuito agli eventuali partecipanti studenti extracomunitari, ai sensi dell'art. 26 della legge 30 luglio 2002, n. 189.

La disciplina prevista per le immatricolazioni ai Corsi di laurea delle professioni sanitarie stabilisce la partecipazione ai Corsi di laurea, ai sensi dell'art. 1, comma 1°, lett. a), della legge 2 agosto 1999, n. 264, senza distinzione tra studenti comunitari e studenti extracomunitari residenti all'estero, in relazione alle risorse disponibili.

Ciò che assume rilevanza, ai fini della determinazione del "numerus clausus", ai sensi dell'art. 3, comma 1°, lett. a), della legge 2 agosto 1999, n. 264, è essenzialmente la valutazione dell'offerta potenziale del sistema universitario, rispetto alla quale il fabbisogno di professionalità del sistema sociale e produttivo va considerato alla stregua di criterio subordinato e, quindi, non vincolante (conf.: Cons. Stato Sez. VI, 10.9. 2009 n. 5434; Cons. Stato, Sez. VI, 28.2.2012, n. 647; TAR Sicilia, Catania, 9.3.2012, n. 614).

In coerenza con tale ratio legis, la pronuncia dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 21 aprile 2009 ha severamente censurato tutte le restrizioni di accesso agli studi che, come quelle collegate al mero "fabbisogno di professionalità", non siano collegabili all'effettiva ricettività delle strutture universitarie.

Ed invero, dalla considerazione secondo cui il contingente degli studenti da immatricolare scaturisce da un apposito iter istruttorio, finalizzato all'esatta ricognizione del potenziale formativo disponibile anche in relazione al numero degli studenti extracomunitari, non può non discendere che l'Università debba essere tenuta ad utilizzare i posti residui, individuati, comunque, ai sensi dell'art. 46, comma 1°, del D.P.R. 31.8.1999 n. 394, all'esito della "verifica delle capacità ricettive delle strutture universitarie" (conf.: Tar Sicilia-Palermo, Sezione Seconda, sent.18.1.2002 n. 721).

Non va, infine, sottaciuto che l'acquisizione di un numero di studenti inferiore rispetto alle complessive potenzialità ricettive dell'Università si pone in violazione della dichiarata finalità di pubblico interesse perseguita dalla programmazione delle immatricolazioni, funzionale alla piena e completa saturazione di tutti i posti disponibili e, sotto il profilo finanziario e di bilancio dell'Ateneo, potrebbe porsi anche in contrasto con l'obiettivo di adeguata alimentazione delle entrate mediante le tasse degli studenti.

Pertanto, non può non ritenersi che il completamento del contingente a vantaggio degli studenti italiani, in caso di posti non utilizzati programmati per gli studenti extracomunitari, possa servire a realizzare quel "pieno impiego" delle risorse disponibili e, in definitiva, a favorire quanto più possibile la domanda degli studenti, anche in relazione ai principi di cui agli art. degli artt.

33 e 34, 1° comma, della Costituzione.

In tale quadro, ancora di recente, il T.A.R. LAZIO, sez. III-bis, con la sentenza n. 8550/2016, ha replicato che “deve richiamarsi il principio giurisprudenziale secondo il quale la piena utilizzabilità dei posti predeterminati (anche in termini di fabbisogno sociale) sia più aderente ai principi costituzionali enunciati negli articoli 33 e 34 della Costituzione e ai canoni di logicità e ragionevolezza dell’operato della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 10.9.09, n. 5434)... Pertanto, l’utilizzo integrale di posti disponibili deve essere, comunque, il fine ultimo della selezione per favorire il più possibile la domanda di formazione professionale, ex art. 33 e 34 Cost., e fornire alla collettività un numero di studenti adeguato alle strutture che impone la piena utilizzazione delle risorse con procedure legittime di selezione” (TAR Abruzzo – L’Aquila, 158/2019).

2.§. Con la quinta censura del ricorso per motivi aggiunti il ricorrente deduce profili di illegittimità della delibera del 7 maggio della commissione pratiche del corso di L.M. in Odontoiatria e P.D., in quanto illogica, ingiusta e contraddittoria in ordine alla valutazione della carriera universitaria dello studente; deduce altresì la violazione delle norme e dei criteri disciplinanti il riconoscimento dei crediti di cui al reg. didattico di ateneo e l’insufficiente o assoluta carenza motivazionale.

La censura è fondata.

L’attività svolta dalla Commissione pratiche del Corso di Odontoiatria dell’Ateneo di destinazione è illegittima in quanto non riconosce alcune frequenze dei corsi di discipline relative al terzo anno accademico di Odontoiatria nonché alcuni esami sostenuti e i crediti acquisiti dallo studente senza idonea motivazione.

Non si comprende, infatti, la motivazione per cui la Commissione non abbia convalidato discipline frequentate dal ricorrente, specie se si considera che alcune di esse siano corrispondenti nei rispettivi ordinamenti degli studi dell’università albanese e aquilana.

In data 18 giugno 2019 la commissione pratiche ha nuovamente deliberato in merito al riconoscimento del percorso accademico del ricorrente, correggendo alcuni errori e dunque riconoscendo esami non convalidati nella delibera precedente ma senza fornire motivazioni circa il non riconoscimento degli altri corsi.

3.§. Per i motivi predetti il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti devono essere accolti nei termini di cui in motivazione.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – Sentenza del 28 maggio 2020 n. 200 - Pres. est. Realfonzo

Tutela dell’ambiente e dei beni culturali – Valori costituzionali – Salvaguardia – Competenza del Ministero e della Soprintendenza – Piano Regolatore Comunale – Provincia – Controllo – Abrogazione – Atto di ritiro – Iter amministrativo – Stadio avanzato - Motivazione rafforzata – Prescrizioni della Soprintendenza – Inserimento in P.R.G. Comunali – Tutela della cornice architettonica – Modello “Friuli di ricostruzione all’Aquila” – Frazioni dell’Aquila - Regolazione urbanistica – Necessario parere della Soprintendenza – Prevalenza del profilo paesaggistico sulle determinazioni urbanistiche locali – Norme urbanistiche comunali di salvaguardia del 2016 – Validità ed efficacia

1. La “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali” è affidata dalla Costituzione e dalla legge nazionale alla competenza dello Stato perché (fin dal 1922) la tutela paesaggistica non può essere lasciata in balia delle spinte speculative e delle pressioni dei singoli interessi proprietari sulle istituzioni pubbliche locali, dovendo essere garantita la salvaguardia della morfologia del territorio nel suo aspetto visivo. In sostanza, come è stato autorevolmente affermato dal Giudice delle Leggi, la conservazione ambientale e paesaggistica spetta in via esclusiva allo Stato come obbligo morale verso le generazioni future e come legame fra la salvaguardia della natura e l’identità nazionale. È dunque evidente la piena legittimazione del Ministero e della Soprintendenza di perseguire, nell’esercizio dei doveri d’ufficio cui sono deputati per legge, la salvaguardia dei detti valori.

2. Ai sensi dell’art. 43 della Legge della Regione Abruzzo n. 11 del 1999, il procedimento di controllo da parte della Provincia dei piani regolatori, che era previsto nell’art. 11 della detta legge regionale, è stato espressamente abrogato.

3. L’atto di ritiro di un provvedimento amministrativo, affidato a asserite ragioni di opportunità, appare viziato da eccesso di potere per difetto di motivazione e sviamento per l’assenza di una compiuta e completa motivazione delle ragioni di interesse pubblico alla revoca in relazione all’assenza, nella realtà delle cose, di un mutamento sopravvenuto della situazione di fatto. Inoltre la motivazione dell’atto di abbandono procedimentale di un precedente iter amministrativo a struttura complessa deve essere particolarmente compiuta quando la revoca avviene in uno stadio avanzato di completamento.

4. Il Codice dei Beni Culturali all’art. 133, comma 2 attribuisce alla So-

printendenza il potere di prescrivere misure da inserire nei piani regolatori apposti a tutela della cornice architettonica; di fissare direttamente tali perimetri in assenza di piano regolatore e di dettare precetti equipollenti alle prescrizioni dello strumento urbanistico. Ciò perché sussiste l'obbligo di rispetto degli standard di tutela dei valori ambientali, architettonici e paesaggistici stabiliti dallo Stato (ex Corte Cost., 22 luglio 2004 n. 259).

5. È evidente come tra il c.d. "modello Friuli" di ricostruzione (sicuramente l'unico realmente riuscito, impostato sul principio integrale "com'era dov'era", con tutte le pietre antiche recuperate e riutilizzate) e la generalizzata ed indiscriminata riedificazione dopo i sisma verificatisi del Mezzogiorno, a L'Aquila si era arrivati ad un assetto di ricostruzione diretta da un lato a preservare quando necessario, il patrimonio abitativo per le future generazioni ed a restituire al paesaggio la bellezza delle forme originarie alterate dalle ingiurie del terremoto ed, al contempo, di adeguare le strutture edilizie sul profilo sismico, igienico e funzionale. Pertanto, in materia, l'Amministrazione Comunale, volendo introdurre modifiche sostanziali della disciplina edilizia, avrebbe dovuto far luogo all'avvio di un nuovo procedimento, rinnovandone l'adozione. Le modifiche, che riguardano la tutela del paesaggio e di complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici, sono illegittimamente intervenute nel corso dell'iter di approvazione senza che fosse acquisito il parere del Ministero competente attraverso i propri organi periferici.

6. Il presunto ruolo "nuovo e più incisivo" del Comune in materia di pianificazione del territorio, non può risolversi in un arbitrio legibus solutus, ma deve avvenire nel contesto delle norme dell'Ordinamento e degli altri preesistenti interessi e presupposti procedurali. Quindi deve denegarsi il principio per il quale il Comune sia l'unico Ente pianificatore del territorio a cui fanno capo tutte le funzioni, in danno delle specifiche sfere di competenza che sono riservate, ex lege, dallo Stato, stante la prevalenza del profilo paesaggistico sulle determinazioni urbanistiche locali (Corte Cost., sentenze nn. 367/2007, 180 e 437/2008, 309/2011).

7. Le 49 frazioni del Comune de' L'Aquila incastonate in panorami di grande bellezza, costituiscono delle realtà uniche ed irripetibili che potrebbero assumere un rilievo anche sotto il profilo economico. Quindi con i provvedimenti impugnati, vengano completamente cancellati i contenuti del comma 4 dell'art. 46 delle Norme Tecniche introdotto con la C.C. n. 109 del 5 dicembre 2016 e finisce per nullificare la sostanza delle misure di salvaguardia previste nella predetta delibera di adozione della variante. È evidente che le porzioni di centro storico delle frazioni, che prima erano delimitate dal PRG come "Zona A", ai sensi del D.M. 2/04/1968 (nei quali era possibile solo i restauro

ed i risanamenti conservativi), diventerebbero “Zona di ristrutturazione delle frazioni” con la conseguente ammissibilità di demolizioni generalizzate di tutti gli edifici successivi al 1860 e con ricostruzioni con indici di 3 metri cubi a metro quadro e premio di cubatura.

8. *Pertanto il provvedimento comunale di cui alle “Prescrizioni per gli interventi in centro storico de L’Aquila e delle frazioni”, appare illegittimo perché approvato senza seguire il medesimo procedimento previsto per la formazione del PRG in generale e senza richiedere in particolare un nuovo parere ex art. 10 della L.U. n.1150/1942 alla competente Soprintendenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 17/10/2019, n. 7051).*

9. *Nella impugnata delibera comunale di variante alle norme delle NTA, si prescinde del tutto da una qualsiasi considerazione della reale domanda di vani e delle dinamiche della popolazione delle frazioni. Manca ogni indicazione sulla finalità della nuova disciplina in relazione alla futura vocazione economica delle frazioni, soprattutto con riguardo alla vanificazione dell’unica possibile potenzialità economica di un ambito territoriale che in futuro potrebbe vedere nel turismo una importante risorsa integrativa del reddito ove ne sia conservato il pregio paesaggistico. Con la variante impugnata, il Comune ha del tutto immotivatamente abbandonato le precedenti finalità di armonizzazione delle contrapposte esigenze, in favore di una sorta di deregulation che, senza distinguere le varie situazioni territoriali, rischia di compromettere per sempre la bellezza delle forme originarie di complessi architettonici storico-artistici. Appare dunque del tutto contraddittorio il provvedimento comunale che, senza nemmeno specificare i profili generali e le specifiche finalità perseguite, con un’improvvisa inversione a “U” rispetto alla delibera n. 109/2016, tende a riportare la disciplina edilizia alle norme tecniche di attuazione del PRG del 1979, come se da allora: non fossero trascorsi oltre 40 anni; non si fosse verificato un devastante terremoto; non vi fosse stata una notevole modifica del perimetro reale e del tessuto urbanistico ed edilizio della città. In conseguenza dell’annullamento degli atti comunali impugnati, la disciplina urbanistica delle Frazioni storiche del territorio aquilano resta ferma all’ultimo atto della procedura, allo stato ancora valido ed efficace, vale a dire all’adozione delle precedenti misure di salvaguardia di cui alla deliberazione di adozione delle NTA di cui alla Deliberazione Consiliare n. 109/2016.*

(omissis)

FATTO

1. Il ricorso introduttivo n. 273/2019.

Con il gravame notificato in data 26.6.2019, il Ministero per i beni e le attività culturali e la “Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per la città di L’Aquila e dei Comuni del cratere” hanno impugnato la deliberazione del Consiglio comunale di L’Aquila n. 21 del 11.4.2019, avente in oggetto “Centri storici del Comune di L’Aquila – artt. 44 – 46 – 53 – 54 delle norme tecniche di attuazione in variante al vigente Piano Regolatore Generale ai sensi dell’art. 10 l.r. 18/83, nel testo in vigore. Approvazione definitiva”; nonché ogni ulteriore atto comunque inerente, connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresa la deliberazione consiliare n. 12 del 15.2.2018 “Centri storici del Comune di L’Aquila – artt. 44 – 46 – 53 – 54 delle norme tecniche di attuazione in Variante al vigente Piano Regolatore Generale ai sensi dell’art. 10 l.r. 18/83, nel testo in vigore – approvazione controdeduzioni. Prescrizioni per gli interventi nei centri storici delle frazioni”.

Con tali provvedimenti il Comune ha affermato:

-- di voler concludere, ai sensi dell’art. 10 L.R. n. 18/1983, l’iter procedimentale avviato con la deliberazione del Consiglio Comunale n. 109 del 5 dicembre 2016, sulla base del parere della predetta Soprintendenza;

-- di adottare una variante alle Norme Tecniche di Attuazione del vigente Piano Regolatore Generale relativamente agli artt. 44,46, 53 e 54, con nuove “Prescrizioni per gli interventi nei centri storici delle frazioni”, e alcune disposizioni del Regolamento Edilizio Comunale pertinenti anche alla finitura degli edifici, ai materiali per intonaci, rivestimenti, serramenti, alla collocazione delle reti delle utenze, ecc. ecc..

Le amministrazioni ricorrenti, previa una analitica premessa del quadro giuridico e fattuale della disciplina delle frazioni, deducono sotto un’unica articolata rubrica: -- la violazione dell’art. 10 della legge urbanistica 17.8.1942, n. 1150, del d.lgs. 22.1.2004, n. 42, degli artt. 20 e segg., del d.m. 2.4.1968, n. 1444, del d.p.r. 6.6.2001, n. 380, della L.R.A. 12.4.1983, n. 18; -- la violazione del protocollo di intesa tra Comune di L’Aquila e Soprintendenza per l’istituzione della commissione permanente per la verifica di ammissibilità degli interventi (art. 6, comma 3 D.C.D. n. 3/2010), con allegate prescrizioni per gli interventi in centro storico di L’Aquila e frazioni; nonché incompetenza ed eccesso di potere.

1.2. La Difesa dell’Amministrazione Comunale sul primo ricorso

Il Comune di L’Aquila, con memoria difensiva in data 19 luglio 2019, si è costituito in giudizio sul primo ricorso:

-- eccependo in rito: - la carenza di interesse ex art. 100 della Amministra-

zione ricorrente la quale non riceverebbe vantaggio agli interessi pubblici affidati alle sue cure da una eventuale pronuncia giurisdizionale demolitoria degli atti impugnati dato che l'annullamento renderebbe applicabile la previgente disciplina, caratterizzata da un maggior ambito oggettivo di operatività di istituti quali, in particolare, le premialità in punto di cubatura e le demolizioni con conseguenti ricostruzioni: di tal che il gravame risulterebbe inammissibile; - l'inammissibilità derivante dalla mancata impugnazione del presupposto atto del Dirigente del Settore Territorio ed Urbanistica della Provincia del 14 novembre 2018;

-- nel merito, assumendo che i contenuti dei provvedimenti impugnati sarebbero analoghi al regime vigente da un quarantennio e stante l'assenza di innovazioni effettive nella statuto urbanistico, le deliberazioni impugnate sarebbero conformi ai relativi parametri normativi. Inoltre, sul piano procedimentale, sottolinea la regolarità dell'iter conclusosi con l'adozione degli atti amministrativi oggetto di impugnativa.

1.3. La fase cautelare

Con ordinanza n. 147/2019, pubblicata il 25.7.2019, questo TAR ha accolto l'istanza di sospensiva dei provvedimenti impugnati, rilevando che:

“Atteso che la natura delle censure dedotte, che coinvolge delicati profili di interesse paesaggistico, storico, economico e sociale, richiede un adeguato approfondimento in sede di merito.

Considerato in tale direzione che gli effetti medio tempore derivanti dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati non sono reversibili, per cui appare comunque necessario preservare la re adhuc integra.”

In conseguenza si era fissata la definizione del merito del ricorso all'Udienza Pubblica del 20 novembre 2019.

2. I successivi motivi aggiunti al gravame n. 273 del 2019, e l'identico autonomo ricorso rubricato al n. 467/2019.

A seguito della sospensione delle precedenti deliberazioni, il Comune de L'Aquila ha adottato la deliberazione n. 84 del 14 ottobre 2019 del Consiglio comunale “di ritiro in autotutela” della deliberazione n. 21 dell'11 aprile 2019, impugnata con il primo gravame

In conseguenza, le Amministrazioni statali, con nuovo atto di motivi aggiunti e con l'identico autonomo ricorso, hanno richiesto:

-- l'annullamento della predetta deliberazione n. 84/2019 e della relativa prodromica proposta della Giunta Comunale del Comune dell'Aquila n. 321 del 29.7.2019; ed altresì nella parte in cui dispone “di ritirare in via di autotutela...” la Deliberazione di Consiglio Comunale n. 109 del 5 dicembre 2016; nonché ogni ulteriore atto comunque inerente, connesso, presupposto e consequenziale

-- ed in subordine, si opus sit, l'annullamento ovvero la disapplicazione, delle Norme Tecniche di Attuazione annesse al Piano Regolatore Generale del Comune di L'Aquila, approvato con deliberazione di Consiglio Regionale n. 162/33 del 6 luglio 1979, resa esecutiva con provvedimento n. 3328/4762 in data 17 luglio 1979 della Commissione di controllo sugli atti della Regione Abruzzo, pubblicata su BURA n. 24 del 10 settembre 1979;

Con quattro rubriche di gravame il Ministero per i Beni e le Attività culturali e la Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio del cratere ricorrenti hanno dedotto: la violazione dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, dell'art. 21-quinquies, l. n. 241/1990 in materia di revoca; violazione del d.lgs. n.42/2004, degli artt. 9 e 78 della L. R.A. n. 18/1983, del Piano Regionale Paesistico, del piano di ricostruzione, del D.P.R. n. 380/2001, del protocollo d'intesa n. 3/2010; nonché dei principi di autotutela; del contraddittorio, dell'affidamento, del buon andamento, ed eccesso di potere per carenza di istruttoria, contraddittorietà.

2.1. La posizione del Comune

Sul secondo ricorso rubricato al n. 467/2019 il Comune non ha esplicitato costituzione formale mentre, a confutazione dei motivi aggiunti di contenuto identico depositati sul primo gravame, ha una diffusa memoria con cui:

-- ha escluso la riconducibilità della sopravvenuta deliberazione di C.C. 84/2019 agli schemi giuridici delle tradizionali fattispecie di cui agli artt. 21 quinquies e 21 nonies,

-- ha sottolineato la lata discrezionalità dell'attività pianificatoria del Comune, nonché l'ampiezza temporale della vigenza del regime edilizio ed urbanistico;

-- ha rivendicato che le scelte dell'Amministrazione sarebbero funzionali ad apprestare adeguata tutela ai valori sottesi al governo del territorio.

2.2. Il secondo provvedimento cautelare

Con ordinanza cautelare n. 268/2019, pubblicata il 5.12.2019, questa TAR ha disposto la sospensione della predetta delibera n. 84/2019.

3. Alla pubblica udienza del 22 aprile 2020, entrambi i ricorsi sono stati trattenuti in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5 del d.l. n. 18/2020.

DIRITTO

1.§. Preliminarmente, stante l'evidente connessione oggettiva e soggettiva dei motivi aggiunti sul primo ricorso n.273/219 e del gravame rubricato al n. 467/2019, si deve confermare la riunione degli stessi ai sensi dell'art. 70 c.p.a. già disposta in sede cautelare con l'ordinanza n.268/2019.

2.§. Le eccezioni preliminari del Comune

In linea pregiudiziale devono essere esaminate, e disattese, le eccezioni

dirette alla declaratoria dell'inammissibilità del ricorso introduttivo e, per profili propri, anche dei successivi motivi aggiunti e del secondo gravame.

2.§.1. In una prima deduzione l'Amministrazione Comunale resistente assume l'assenza di un interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c., sia perché non sarebbe possibile prospettare una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del Ministero e della Soprintendenza e sia perché non sarebbe comunque configurabile alcuna utilità effettiva conseguente all'eventuale annullamento dell'atto impugnato.

L'assunto non può essere condiviso per un duplice ordine di ragioni.

In linea generale si deve ricordare che l'articolo 9 della Carta Costituzionale pone, tra le disposizioni fondamentali, il precetto per cui "La Repubblica ... Tutela il paesaggio del patrimonio storico ed artistico della nazione", per cui la tutela del paesaggio è un valore prevalente (cfr. Corte Costituzionale n. 11/2016 e n. 180/2008).

Sulla scia della disciplina della legge "Bottai" n. 1497/1939, il d.lgs. n.42/2004 e s.m. "Codice dei Beni Culturali" ha posto una disciplina complessiva coerente con l'impianto costituzionale. Tra l'altro, in particolare:

-- all'art. 131 afferma che "Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni" (richeggiando così le parole di B. Croce per cui "... il paesaggio è la rappresentazione materiale visibile della Patria... nei suoi caratteri materiali ...pervenuti a noi attraverso la successione dei secoli": cfr. Relazione alla legge n. 778/1922);

-- all'art. 132, comma 2 sottolinea che la tutela deve avvenire "in conformità ai principi costituzionali anche con riguardo all'applicazione della Convenzione europea sul paesaggio, adottata a Firenze il 20 ottobre 2000 e delle relative norme di ratifica ed esecuzione".

-- all'art. 133 pone, ai fini della conservazione e la valorizzazione del paesaggio, il principio di cooperazione tra le amministrazioni pubbliche dei vari livelli di governo (ma al riguardo vedi infra sub 8.§.1.)

La "... tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali..." è affidata dalla Costituzione e dalla legge nazionale alla competenza dello Stato perché (fin dal 1922) la tutela paesaggistica non può essere lasciata in balia delle spinte speculative e delle pressioni dei singoli interessi proprietari sulle istituzioni pubbliche locali, dovendo essere garantita la salvaguardia della morfologia del territorio nel suo aspetto visivo (cfr. Corte costituzionale sentenza n. 4/1994).

In sostanza, come è stato autorevolmente affermato dal Giudice delle Leggi, la conservazione ambientale e paesaggistica spetta in via esclusiva allo

Stato come obbligo morale verso le generazioni future e come legame fra la salvaguardia della natura e l'identità nazionale (cfr. Corte costituzionale, 30 maggio 2008, n. 180).

La norma di cui all'art. 10 lett. d) della L.U. n. 1150 del 1942 fu dunque posta proprio per assicurare l'effettività della funzione di salvaguardia del preminente interesse pubblico generale, oggi di rango costituzionale, relativo alla tutela dei beni culturali e del paesaggio.

In questa cornice interpretativa generale, la funzione del predetto parere della Soprintendenza è cioè diretta ad evitare che interessi personalistici finiscano per influenzare i processi decisionali e modificare le esigenze di conservazione in danno della generalità dei cittadini.

E questo profilo, di per sé solo, radica la legittimazione attiva delle Amministrazioni ricorrenti.

Come già rilevato in sede cautelare gli interessi pubblici affidati alla cura delle Amministrazioni appellanti ai sensi dell'art. 10, comma 2 lett c) e comma 3, della Legge del 17 agosto 1942 n. 1150, ben consentono in linea di principio all'Amministrazione tutoria di sottoporre al sindacato innanzi ad un giudice terzo, gli atti di altre Amministrazioni che possano vanificare le proprie finalità istituzionali.

In un secondo, connesso, ordine di considerazioni si deve osservare che, la legittimazione attiva (e passiva) a stare in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, è riconosciuto agli organi delle amministrazioni che sono di volta in volta istituzionalmente preposti a svolgere le singole attività interessate (cfr. Cassazione civile, sez. III, 14/02/2001, n. 2144).

Nel caso particolare è dunque evidente la piena legittimazione del Ministero e della Soprintendenza di perseguire, nell'esercizio dei doveri d'ufficio cui sono deputati per legge, la salvaguardia dei valori.

La missione istituzionale di una Pubblica Amministrazione finalizzata alla salvaguardia delle proprie funzioni amministrative appare dunque un interesse giuridicamente meritevole di tutela ai sensi dell'art.100 c.p.c.

Di qui la piena legittimazione delle Amministrazioni ricorrenti.

2.§.2. Sotto altro profilo il Comune dell'Aquila eccepisce l'inammissibilità derivante dalla mancata impugnazione del verbale sottoscritto dal Dirigente del Settore Territorio ed Urbanistica della Provincia il 14 novembre 2018 di "accertamento di non-contrasto condotto dalla Provincia, posto che trattasi del provvedimento che accerta la legittimità dell'intervento urbanistico con riferimento alla normativa di settore; tale provvedimento, del resto, è il presupposto fattuale e motivazionale della deliberazione di approvazione n. 21/19."

Anche tale eccezione non ha pregio.

Sotto il profilo meramente formale (e fatto salvo quanto si dirà in proposito più oltre) si deve preliminarmente osservare che, ai sensi dell'art. 43 della L.R. Abruzzo n. 11 del 1999 (e ss. mm. ed ii), il procedimento di controllo da parte della Provincia dei piani regolatori, che era previsto nell'art. 11 della L.R. 12 aprile 1983, n. 18, è stato espressamente abrogato per effetto del comma 4 del cit. art. 43.

In coerenza con tale abrogazione, con il secondo periodo del secondo comma del cit. art. 43 l'intervento della Provincia è stato dunque derubricato alle "... forme di consultazione e di indirizzo preventivi tra i comuni e le Amministrazioni interessate e, comunque, con la Provincia competente per territorio...".

L'avviso della Provincia del 14 novembre 2018 costituisce quindi un mero apporto istruttorio eventuale e non un provvedimento di chiusura di un sub-procedimento avente rilevanza esterna. Come tale non può essere considerato funzionalmente autonomo e conseguentemente, essendo mero atto di collaborazione, non poteva produrre effetti immediatamente lesivi.

Non dando luogo ad alcun rapporto di presupposizione procedimentalmente necessaria, la mancata impugnazione dell'approvazione della variante non poteva dunque determinare alcuna preclusione processuale sul piano dell'ammissibilità dell'impugnativa degli atti conclusivi.

Inoltre gli atti qui gravati sono comunque estranei all'intervento specifico della Provincia per cui il ricorso sarebbe stato comunque ammissibile secondo un paradigma interpretativo largamente condiviso in giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 01/12/1999, n. 2030; T.A.R., Trento, sez. I, 17/06/2019, n. 90; T.A.R., Napoli Sez. V, 24/05/2017, n. 2765 T.A.R., Campobasso, sez. I, 27/07/2012, n. 412).

L'eccezione di inammissibilità dei due ricorsi va dunque respinta.

2.§3. Infine in relazione al deposito dell'atto di motivi aggiunti a valere quale ricorso autonomo è irrilevante e comunque priva di pregio l'eccezione del Comune che assume l'inammissibilità dei medesimi perché si sarebbe del tutto al di fuori dei casi ex art. 43 c.p.a. per cui è consentita la relativa proposizione e comunque questo secondo giudizio sarebbe del tutto distinto, per petitum, oggetto e causa petendi, rispetto a quello rubricato sotto il nr. 273/2019.

Al contrario, la stessa consecutio dei successivi provvedimenti e la relativa motivazione dimostra inequivocabilmente l'intima connessione oggettiva e soggettiva dei due giudizi.

Inoltre, toglie ogni valenza argomentativa all'eccezione il deposito dei medesimi motivi aggiunti anche quale ricorso autonomo, che è stato rubricato

con il n. 467/2019.

3.§. I motivi aggiunti al gravame n. 273/2019, e l'identico autonomo ricorso rubricato al n. 467/2019

In relazione alla consecutio dei ricorsi devono essere preliminarmente esaminate le doglianze con cui il Ministero per i beni e le attività culturali e la Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio hanno impugnato la successiva deliberazione n. 84/2019 di "... ritiro in autotutela..." delle deliberazioni n. 21/2019 e n. 12/2018 del Consiglio Comunale (vale a dire dei provvedimenti impugnati con il primo ricorso e che erano stati sospesi con l'ordinanza cautelare n. 147 adottata in data 25/07/2019 resa sul primo ricorso n.273/2019) nonché della deliberazione del Consiglio Comunale n. 109 del 5.12.2016.

L'Amministrazione ha, nella specie, ritenuto che per risolvere la "situazione d'incertezza e conflitto ... in modo da elidere i motivi di dissidio e per il ripristino della più efficace e funzionale collaborazione tra lo Stato e questa Amministrazione Locale" fosse necessario "... deliberare il ritiro, in via di consentita autotutela amministrativa ..." di tutte le deliberazioni consiliari intervenute in materia fin dal 2016

4.§. La dedotta violazione delle regole in materia di autotutela e l'eccesso di potere per difetto di motivazione e travisamento dei fatti.

Per ragioni di economia espositiva devono essere esaminati congiuntamente i primi due motivi dell'atto di motivi aggiunti e del corrispondente secondo gravame, entrambi di carattere procedimentale, le cui censure sono logicamente concatenate.

4.§.1. Il Ministero per i beni e le attività culturali, e la Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio, con una prima prospezione di censura, denunciano che, qualora il provvedimento impugnato dovesse essere qualificato quale "annullamento in autotutela", sussisterebbe la violazione dell'art. 21-nonies, della L. n. 241/1990 e dei principi in materia di autotutela, nonché difetto di motivazione ed eccesso di potere.

In tale prospettazione la Deliberazione consiliare n. 84/2019 (unitamente alla prodromica proposta approvata con la Deliberazione di Giunta n. 321/2019) sarebbe in contrasto con l'art. 21-nonies L. n. 241/1990, per cui il provvedimento amministrativo può essere annullato, se sussistono ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dello stesso, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Nel caso in esame non solo si sarebbe verificato il deciso superamento del termine massimo di diciotto mesi, ma sarebbe evidente l'assenza di qualsiv-

glia indicazione in ordine alle illegittimità da cui la Delibera C.C. n. 109/2016 sarebbe affetta, nonché di qualsivoglia valida ragione di interesse pubblico sulla quale poggiare il “ritiro”.

Le Amministrazioni ricorrenti fanno proprie le indicazioni della giurisprudenza per cui:

-- l'amministrazione deve adottare atti il più possibile corrispondenti ai fini da conseguire, e motivati in merito alla compiuta valutazione comparativa concreta e attuale tra interessi confliggenti in modo che la motivazione risulti tanto più intensa, quanto maggiore sia l'arco temporale trascorso dall'adozione dell'atto da annullare;

-- non potrebbe, infatti, ammettersi la legittimità di un provvedimento di autotutela motivato con la formula dell'interesse pubblico in re ipsa;

-- ove si abbia un affidamento dei destinatari sulla stabilità dell'assetto degli interessi posto dall'atto amministrativo rimuovendo, l'atto d'autotutela deve contenere, soprattutto se adottato a distanza di un lungo tempo dal primo, una motivazione particolarmente convincente circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto, in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo illegittimo;

I provvedimenti impugnati sarebbero in particolare assolutamente carenti relativamente:

-- all'indicazione dell'esistenza di un interesse pubblico e della ponderazione di tutti gli interessi comunque coinvolti;

-- all'assoluta inesistenza, o comunque alla mancata evidenziazione, delle illegittimità ab origine che avrebbero macchiato l'annullata Delibera Consiliare n. 109/2016.

4.§.2. Con una seconda censura si lamenta che, anche nel caso in cui si volesse qualificare il provvedimento impugnato come revoca in autotutela della Delibera Consiliare n. 109/2016, lo stesso sarebbe ugualmente illegittimo per violazione dei principi in materia di revoca in autotutela di cui all'art. 21-quinquies, l. n. 241/1990, nonché per eccesso di potere per difetto di motivazione e travisamento dei fatti.

La giurisprudenza avrebbe affermato la necessità di combinare il disposto dell'art. 21-quinquies, L. n. 241/1990 con i principi generali dell'ordinamento per cui il passaggio del tempo “non è elemento neutrale in punto valutazione della legittimità degli atti di revoca” per cui l'estrema tardività dell'intervento correttivo in sede di autotutela impone, a fronte dell'affidamento ingenerato nei destinatari circa il consolidamento della loro efficacia, una motivazione particolarmente convincente in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla revoca in relazione ai sopravvenuti motivi di pub-

blico interesse ovvero al mutamento della situazione di fatto o della nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Nella fattispecie all'esame, sarebbe evidente l'assoluta inidoneità degli atti comunali a soddisfare le esigenze di legittimità, in quanto non vi sono sopravvenienze in fatto che potevano giustificare la revoca delle precedenti deliberazioni.

La pendenza di un precedente giudizio con l'emissione di un'ordinanza di accoglimento della relativa domanda di sospensiva sarebbe una vicenda del tutto estranea per cui non si poteva parlare di autotutela poenitendi, per la semplice ragione che in nessun passaggio della deliberazione n. 84/2019 si evince l'intento di rivalutare l'interesse pubblico, che a suo tempo aveva condotto all'adozione della variante ex D.C. n. 109/2016.

Prova indiretta di tale circostanza sarebbe costituita dalla circostanza che la rimozione di detta Delibera consiliare avrebbe lasciato inalterato il tessuto normativo e provvedimentale dal quale la medesima era scaturita come sua doverosa attuazione ed in particolare il Piano regionale paesistico; il Piano di ricostruzione; il Protocollo d'Intesa adottato con DCD n. 3/2010.

Vi sarebbe stata una motivazione stereotipa e generica in quanto:

-- contrariamente a quanto afferma l'Amministrazione Comunale le problematiche riferite dal Comune sarebbero scaturite proprio dall'interruzione nell'applicazione delle norme di cui alla deliberazione n. 109/2016 sulla cui base per oltre due anni erano state trattate le pratiche della ricostruzione;

-- vista la data certa dell'udienza di discussione non si sarebbe potuto parlare di "tempi incerti per la decisione del giudizio", il che avrebbe militato per un ripristino, nelle more, della continuità dell'azione amministrativa fondata sulle NTA in salvaguardia di cui alla delibera C. C. n. 109/2016;

-- non si sarebbe potuto parlare di incidenza negativa sull'elaborazione del nuovo P.R.G. conseguente alla permanente efficacia delle misure di salvaguardia individuate nella D.C. n. 109/2016, perché al contrario questa ne agevolerebbe la visione complessiva.

4.§.3. L'assunto complessivo merita adesione nei sensi, e nei limiti, che seguono.

4.§.3.1. Innanzitutto, come chiarito in sede di cautelare, il provvedimento successivamente gravato è scaturito dalla singolare decisione del Comune che -- in luogo di gravarla nella competente sede d'appello -- ha artatamente inteso porre nel nulla l'ordinanza cautelare n. 147 del 25/07/2019 (sul ricorso n.273/2019) con cui questo Tar aveva semplicemente ritenuto, sul presupposto della irreversibilità degli effetti medio tempore derivanti dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati in quella sede, fosse comunque necessario pre-

servare la re adhuc integra fino alla data della discussione del merito fissata per il 20.11.2019.

In tale prospettiva, se il provvedimento di autotutela è apoditticamente affidato alla generica sussistenza di ragioni, circa la non meglio specificata non corrispondenza dell'ordinanza agli interessi "della Comunità Aquilana", è chiaro che l'intento concreto del ritiro delle precedenti deliberazioni C.C. nn. 21/2019 e n. 12/2018 e della n. 109/2016, era quello di rendere immediatamente applicabile le Norme Tecniche di Attuazione della variante riapprovate nel testo di cui alla C.C. n. 12/2018.

Sotto il profilo giuridico non ci si trova dunque di fronte ad un provvedimento di annullamento in senso tecnico di un atto ritenuto viziato per cui appare del tutto tuzioristico il richiamo delle ricorrenti all'art. 21-nonies, della L. n. 241/1990 e dei principi in materia di autotutela di cui al primo motivo.

Neppure può essere qualificato come un atto di "mero ritiro" come annota il Comune. Quest'ultima risalente categoria di autotutela (peraltro configurabile per gli EE.LL. solo fino ai tempi nei quali le amministrazioni locali erano sottoposte al Controllo sulla legittimità degli atti) si concreta nel materiale ritiro presso l'organo di controllo dei provvedimenti già inviati prima del loro esame in conseguenza della informale scelta di arrestare un procedimento di controllo non ancora conclusosi.

Nel caso in esame, come emerge dall'analisi delle sue motivazioni di cui appresso, non si è in presenza di un atto non ancora efficace per mancato completamento della fase integrativa dell'efficacia presso l'organo di controllo, ma di un provvedimento produttivo di effetti che si è inteso rimuovere con una vera e propria revoca.

Tale atto, affidato a asserite ragioni di opportunità, appare viziato da eccesso di potere per difetto di motivazione e sviamento per l'assenza di una compiuta e completa motivazione delle ragioni di interesse pubblico alla revoca in relazione all'assenza, nella realtà delle cose, di un mutamento sopravvenuto della situazione di fatto.

Inoltre la motivazione dell'atto di abbandono procedimentale di un precedente iter amministrativo a struttura complessa deve essere particolarmente compiuta quando la revoca avviene in uno stadio avanzato di completamento (come insegnava una fondamentale antica dottrina della prima metà del secolo scorso, tutt'ora pienamente condivisibile).

Nel caso in esame non convincono le considerazioni addotte al riguardo dall'Amministrazione nel provvedimento impugnato.

4.§.3.1.a. Con un primo ordine di motivazioni, l'Ente Locale assume di dover superare il mantenimento dell'efficacia delle "misure di salvaguardia

corrispondenti alla deliberazione di adozione provvisoria” (la n.109/2016) assumendo che queste inciderebbero negativamente imponendo ritardi sull’opera di ricostruzione e creerebbero notevoli difficoltà di applicazione di “..una normativa di fatto monca senza possibilità di poter incidere sulla stessa con eventuali integrazioni ...con dilazione dei tempi dei finanziamenti ed alterazione dei cicli di questi con possibilità di innesco di procedimenti contabili di reintegro e rifinanziamento delle somme già erogate”.

A tale riguardo basti qui solo sottolineare che la conseguente rimessa in discussione di tutte le procedure in corso derivante dall’interruzione ex abrupto di un iter procedimentale in essere da quasi due lustri, avrebbe al limite dovuto comportare il riavvio del procedimento al punto – a partire dall’approvazione iniziale -- in cui si era ritenuto di dover porre nel nulla l’attività fin qui fatta (ma sul punto vedi anche infra sub 7.§.3.2.).

Ciò per la fondamentale ragione che, con l’arresto procedimentale determinato dal ritiro vengono meno tutti i pareri e i presupposti che erano precedentemente intervenuti nella fattispecie.

Alla radicale innovazione intervenuta sul testo originario delle Norme di Attuazione adottato con le misure di salvaguardia di cui alla Delibera C.C. n. 109/2016, non poteva certamente estendersi l’efficacia del parere favorevole della Soprintendenza reso sul testo originario.

A fronte dell’intento di far luogo all’immediata applicazione della variante alle Norme Tecniche di Attuazione, del tutto formalisticamente e sviatoricamente, la revoca afferma che sarebbe rimasta ferma “... la validità dell’approvazione — effettuata con la medesima deliberazione n. 109/2016 - del documento che integra il Regolamento edilizio locale”.

In questa ottica, la revoca è del tutto immotivata e le nuove norme approvate sono comunque immediatamente incompatibili e giuridicamente confliggenti con tutti i precedenti procedurali.

4.§.3.1.b. Con un secondo ordine di ragioni il Comune assume di voler evitare che gli “incerti tempi sulla decisione finale” creino problemi “alla continuità dell’azione amministrativa rivolta all’esame delle istanze edilizie, da coordinarsi con i complessi e articolati cicli dei finanziamenti pubblici correlati alle diverse lavorazioni ammissibili”.

L’assunto non convince.

Si deve ricordare che con la prima ordinanza n. 147 del 24 luglio 2019 di sospensiva intervenuta sul ricorso numero 273/2019, l’Udienza Pubblica per la trattazione di merito del ricorso era comunque stata fissata al 20 novembre 2019.

Non vi è dubbio che, con il secondo provvedimento, l’Amministrazione

ha finito per ritardare la conclusione della precedente vicenda giurisdizionale senza che ciò possa essere addebitato a chi, secondo l'antico brocardo "qui iure suo utitur neminem laedit", abbia inteso tutelare l'interesse pubblico generale nell'adempimento di obblighi d'ufficio normativamente imposti.

4.§.3.1.c. Quanto alla pretesa situazione d'incertezza applicativa si deve rilevare che questa, più che imputabile all'iniziativa giudiziale del MIBAC, appare la diretta conseguenza proprio del repentino mutamento di indirizzo in una materia estremamente delicata.

Né può aver rilievo, in senso contrario, la riferita presunta elaborazione del nuovo Piano Regolatore Generale -- di cui non vi è alcun ulteriore riscontro o altra evidenza -- ma che comunque dovrà tener conto del quadro normativo regolatorio e dell'attualità delle situazioni di fatto del territorio.

4.§.3.2. Neppure convince, sotto altra angolazione, l'assunto difensivo dell'Amministrazione comunale, per cui la seconda delibera n. 84/2019 sarebbe stata necessaria per superare l'"inammissibile" incidenza "...sulla sfera di autonomia normativa e di governo del territorio che è rimessa alle scelte di alta amministrazione di competenza comunale..." in favore della "presunzione dei ricorrenti di imporre" la "...applicazione -- sia pure in via di salvaguardia ed interinalmente -- di scelte amministrative non rispondenti agli intendimenti ed al legittimo esercizio della potestà di questa Amministrazione".

Come visto al punto 2.§.1. le competenze degli altri enti debbono comunque rispettare l'ambito degli standard di tutela dei valori ambientali, architettonici e paesaggistici stabiliti dallo Stato (arg. ex Corte Cost., 22 luglio 2004 n. 259).

Il Codice dei Beni Culturali all'art. 133, comma 2 attribuisce alla Soprintendenza il potere di prescrivere misure da inserire nei piani regolatori appositi a tutela della cornice architettonica; di fissare direttamente tali perimetri in assenza di piano regolatore e di dettare precetti equipollenti alle prescrizioni dello strumento urbanistico.

Non può dunque affermarsi né che vi sia stata una indeterminata commistione tra funzioni e sfere di competenza, né una confusione tra la funzione consultiva del MIBAC in sede di approvazione di piani e varianti urbanistiche e la pianificazione urbanistica di competenza dell'Ente Locale e neppure un indebito esercizio di poteri co-decisionali: qui l'Amministrazione Comunale non ha inteso rispettare le intese ed i precedenti presupposti procedurali su cui era stata impostato l'intero procedimento (ma al riguardo si veda *amplius* anche *infra*).

In definitiva, le motivazioni poste a fondamento della deliberazione n. 84/2019 non forniscono persuasive indicazioni su quali fossero le reali ragio-

ni di “alta amministrazione e di incensurabile ampia discrezionalità” poste a base della revoca e, comunque, non appaiono in grado di supportare l’atto impugnato sul piano logico, giuridico e procedimentale.

5.§. La violazione dei principi fondamentali del procedimento.

Sulla scia ricostruttiva che precede appare fondato anche il primo profilo del terzo motivo dei motivi aggiunti e del ric. n.473/2020, con cui si lamenta, sotto diversi aspetti, la violazione dei principi del contraddittorio, dell’affidamento, dei principi di buon andamento e correttezza della pubblica amministrazione; nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria; contraddittorietà, eccesso di potere.

Il Comune avrebbe ignorato il tessuto operativo e procedimentale sul quale le impuginate determinazioni sarebbero andate ad innestarsi e non avrebbe acquisito alcun riscontro istruttorio e motivazionale sullo stato delle pratiche di ricostruzione riguardanti le frazioni ed i rispettivi centri storici. Non avrebbe tenuto conto che, su n. 661 istanze presentate, se ne erano già definitivamente concluse n. 363 per cui, con la novella introdotta dagli atti impugnati, potrebbe trovarsi esposto a richiesta di revisione dell’istruttoria il 63,23% delle restanti pratiche (30% delle pratiche con istruttoria e 30% c.a. ancora da istruire).

La doglianza è fondata.

In coerenza con le precedenti considerazioni, si deve condividere l’assunto delle Amministrazioni ricorrenti per le quali l’annullamento parziale della Delibera n. 109/2016 avrebbe avuto un’inevitabile ricaduta negativa sul processo di ricostruzione e di riconoscimento dei contributi pubblici in quanto, il regime introdotto con la variante finiva per essere oggettivamente incompatibile rispettivamente: con le Determine USRA 341/2016 e 321/2018, con il Piano di Ricostruzione del comune dell’Aquila e delle frazioni e con le Prescrizioni per gli interventi nei centri storici delle frazioni.

A risultare pregiudicate, inoltre, sarebbero ad. es. le posizioni soggettive degli eventuali vicini o frontisti controinteressati dei soggetti aspiranti alle demolizioni ed agli ampliamenti che, nelle loro valutazioni potevano aver fatto “affidamento sulla stabilità dell’assetto normativo vigente all’epoca delle rispettive condotte», come peraltro riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale (cfr. Corte Cost. n. 209 del 2010 e n. 73 del 2017).

Hanno ragione le ricorrenti nel sostenere che il venir meno del quadro regolatorio venuto in essere dopo il sisma 2009 e confluito nelle misure di salvaguardia discendenti dalla delibera n. 109/2016 porterebbe alla generalizzata richiesta di rivalutazione delle singole istanze di contributo al fine di conseguire l’ulteriore aumento di cubatura una tantum e indice di fabbricabilità fon-

diaria ($I_f = 3mc/mq$ previsto dalla norma del '75) con inevitabili ritardi ed aggravati dell'operatività dei tre soggetti pubblici chiamati a valutare gli interventi post-sisma nella Commissione Pareri – Comune, USRA, Soprintendenza.

In tale direzione è evidente come tra il c.d. “modello Friuli” di ricostruzione (sicuramente l'unico realmente riuscito, impostato sul principio integrale “com'era dov'era”, con tutte le pietre antiche recuperate e riutilizzate) e la generalizzata ed indiscriminata riedificazione dopo i sisma verificatisi del Mezzogiorno, a L'Aquila si era arrivati ad un assetto di ricostruzione diretta da un lato a preservare quando necessario, il patrimonio abitativo per le future generazioni ed a restituire al paesaggio la bellezza delle forme originarie alterate dalle ingiurie del terremoto ed, al contempo, di adeguare le strutture edilizie sul profilo sismico, igienico e funzionale.

Per questo il “ritiro” della Delibera 109/2016, anziché favorire i processi della ricostruzione, porterebbe ad una generalizzata ridiscussione di tutte le procedure con un inevitabile rallentamento, conseguente alla necessità di processare tutte le istanze di aumentare la volumetria dell'esistente con un indebito ulteriore finanziamento pubblico.

In conclusione sul punto, il mero ripristino di norme volte alla massima trasformazione dei tessuti edilizi storici finirebbe per dar luogo a quelle disomogeneità architettoniche e culturali che l'Amministrazione Comunale afferma invece di voler scongiurare.

In quest'ottica è evidente la sviatorietà dell'affermazione dell'amministrazione comunale per cui sarebbero comunque restate intatte le Prescrizioni del Regolamento Edilizio, dato che il dichiarato intento della variante, e la sua portata sostanziale, avrebbe come effetto l'incremento dell'alterazione dei tessuti edilizi storici.

6.§. Conclusione sui motivi aggiunti e sul ricorso n. 467/2019

Nei predetti profili, i motivi di cui all'atto aggiunto al primo ricorso e all'identico gravame n. 467/2019, sono dunque fondati e devono essere accolti.

Per l'effetto, la delibera del consiglio comunale n. 84 del 14 ottobre 2019 ed i relativi atti presupposti, devono dunque essere annullati.

In conseguenza del predetto annullamento, rivive l'interesse delle ricorrenti alle censure di cui al ricorso introduttivo n.273/2019 che quindi devono essere deliberate dal Collegio.

7.§. Il ricorso introduttivo

Con il ricorso n. 273/2019 il Ministero e la Soprintendenza ricorrenti hanno richiesto l'annullamento della prima delibera del Consiglio Comunale n. 21 dell'11/4/2019 di approvazione definitiva di una variante agli artt. 44 – 46

– 53 – 54 delle Norme Tecniche di Attuazione al P.R.G. e la presupposta deliberazione del Consiglio comunale di L’Aquila n. 12 del 15 febbraio 2018, di controdeduzioni e osservazioni e prescrizioni per gli interventi nei centri storici delle frazioni.

Avverso i predetti provvedimenti si deducono, sotto un’unica rubrica, diversi profili di censura, per aspetti di carattere procedimentale e sostanziale.

7.§.1. Il primo profilo: la violazione dell’art. 10 della L.U. n.1150/1942.

In una prima articolazione di censura si deduce che la delibera C.C. n.21/2019 avrebbe violato l’art. 10 della L.U. in base al quale l’approvazione di una Variante al piano urbanistico deve essere attuata con le stesse procedure previste per l’approvazione del piano originario (cfr. comma 9) a partire dall’adozione, dalla pubblicazione, dalle osservazioni, dalle controdeduzioni, ecc. ecc.

In base alle norme vigenti in materia urbanistica, l’Amministrazione Comunale, volendo introdurre modifiche sostanziali della disciplina edilizia, avrebbe dovuto far luogo all’avvio di un nuovo procedimento, rinnovandone l’adozione, tutti i conseguenti adempimenti e acquisendo ex novo il contributo di tutti i soggetti coinvolti, al fine del contemperamento di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti.

Le modifiche, che riguardano la tutela del paesaggio e di complessi storici, monumentali, ambientali ed archeologici, sono illegittimamente intervenute nel corso dell’iter di approvazione senza che, ai sensi del comma 9 del medesimo art. 10 L.U., fosse acquisito il parere del Ministero competente attraverso i propri organi periferici.

Nel caso in esame, l’unico parere della Soprintendenza era stato reso sulla precedente versione della variante adottata dal Consiglio Comunale il 5/12/2016, cioè su un testo poi profondamente modificato in sede di “Approvazione definitiva” nell’aprile del 2019, con la deliberazione impugnata.

Il che avrebbe comportato un’inaccettabile prevaricazione delle attribuzioni funzionali affidate in via esclusiva alle Amministrazioni attuali esponenti.

7.§.2. Il secondo profilo: il contrasto della delibera impugnata con i precedenti presupposti procedimentali.

Con un secondo profilo, le Amministrazioni statali lamentano l’incompetenza e l’eccesso di potere dell’amministrazione comunale che avrebbe illegittimamente adottato un testo che sarebbe stato del tutto contrastante -- quanto agli aspetti definitivi ed alle tipologie d’intervento -- con la variante adottata nel 2016, sul quale si era pronunciata favorevolmente la Soprintendenza.

In particolare dal confronto tra i due testi emergerebbe che:

a) nell'art. 46 della C.C. n. 109/2016 le Zone A delle frazioni sono definite, ai sensi del D.M. 2/04/1968 in termini di "Zona di restauro e risanamento conservativo delle frazioni" (ex art. 3 comma 1 del D.P.R. 380/2001), mentre nella impugnata delibera C.C. n. 21/2019 la medesima "Zona A" viene individuata nel "nuovo" art. 46 quale "Zona di ristrutturazione delle frazioni con l'ammissione degli "interventi di ristrutturazione edilizia",

b) la delibera impugnata estenderebbe poi indiscriminatamente il premio di cubatura una tantum a tutte le zone "A", mentre nella variante del 2016 il premio di cubatura sarebbe stato limitata solo alle zone di cui rispettivamente: all'art. 48 ("Zona residenziale di completamento delle frazioni - Zona B di cui al D.M. 1444/68"), all'art. 63 ("Zona agricola"), all'art. 74 ("Zona di rispetto dell'abitato") ed all'art. 77 ("Zone di rispetto stradale").

c) il quarto comma dell'art. 46 della variante adottata nel 2016, ai fini della tutela paesaggistica, individua tutte le costruzioni realizzate prima del 1930. In particolare gli "edifici singoli o aggregati o singole unità strutturali che per epoca di costruzione, dimensioni, sagoma, caratteristiche architettoniche e costruttive siano rappresentativi del contesto urbano di riferimento e delle tradizioni costruttive locali e presentino i caratteri di rilevanza storica, morfologica, tipologica e percettiva del paesaggio urbano" sono assoggettati ad interventi di restauro conservativo dell'intero involucro dell'edificio e delle caratteristiche principali dei prospetti (lett. a); della copertura e dei profili altimetrici (lett. b); della tipologia distributiva principale (lett. c); della struttura portante (lett. d); delle volte e dei solai (lett. e); dei materiali, delle finiture e degli elementi architettonici decorativi (lett. f). Inoltre prescrive il riuso dei materiali di recupero di pregio e nel rispetto delle "Prescrizioni per gli interventi nei centri storici delle frazioni". Invece il novellato testo dell'art. 46, al comma 7, di cui alla impugnata C.C. n. 21/2019 inserisce tra gli interventi ammessi la "ristrutturazione edilizia" anche per gli immobili sottoposti a vincolo ai sensi del D. Lgs 22.1.2004 n 42 e ss. mm. ii.. Tale disposizione, quest'ultima, sarebbe oggettivamente inconciliabile con quanto contenuto nel D. Lgs. n. 42/2004, che prevede per gli edifici sottoposti a tutela specifiche procedure (cfr. artt. 20 e segg.).

Pertanto la variante approvata con C.C. n. 21/2019 -- immotivatamente e contraddittoriamente rispetto al precedente assetto della disciplina del tessuto urbano storico -- favorirebbe incontrollate e generalizzate demolizioni anche dei centri storici.

8.§. L'esame delle predette censure.

La delibazione delle diverse articolazioni della rubrica e la contrapposta valutazione delle argomentazioni difensive dell'Amministrazione, necessita

di un analitico esame delle varie problematiche.

8.§.1. Il ruolo dello Stato e le contrarie affermazioni del Comune

Per ciò che riguarda il primo profilo, riprendendo quanto si diceva al paragrafo 2.§.1., la salvaguardia dei centri storici, facendo capo ad un valore costituzionalmente protetto come il paesaggio, necessita di una tutela a livello nazionale che non può che avere carattere unitario e che l'Ordinamento affida in primo luogo ai competenti organi dello Stato (arg. ex Corte Cost., 22 luglio 2004 n. 259).

Al riguardo deve dunque denegarsi, contrariamente a quanto afferma il Comune che, successivamente alle modifiche al Titolo V Cost. di cui alla l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, il Comune sia l'unico ente pianificatore del territorio a cui fanno capo tutte le funzioni in danno delle specifiche sfere di competenza che sono riservate ex lege allo Stato: al contrario la pianificazione territoriale, ai sensi dell'art. 11 L.U., in presenza di determinati assetti architettonici, culturali e paesistici, deve puntualmente tener conto delle esigenze di conservazione.

Né, come assume il Comune nelle sue difese, può condividersi che, con il presente gravame, nel caso in esame la Soprintendenza intenda indebitamente far luogo ad una sorta di co-gestione tra Stato e Comune in materia di beni paesaggistici sulla base di "una sorta di ideologica pretesa di operare le funzioni di tutela dei beni culturali che lo Stato si è assegnato" tendendo a mutare lo strumento di pianificazione territoriale del Comune in un succedaneo dei vincoli ministeriali.

Al contrario, la ripartizione delle competenze in materia di paesaggio come delineata nel Codice dei BB.CC.AA. n.42/2004 è definita sia dall'art. 133 per cui "Gli altri enti pubblici territoriali conformano la loro attività di pianificazione agli indirizzi e ai criteri di cui al comma 2 e, nell'immediato, adeguano gli strumenti vigenti" (comma 3) che dall'art. 10 comma 3 lett. d) per cui è il Ministero per la pubblica istruzione (oggi MIBAC) "... che può anche dettare prescrizioni particolari per singoli immobili di interesse storico-artistico...".

In sostanza (come si diceva sub 2.§.1.), pur nella considerazione della necessaria compresenza d'interessi pubblici intestati alle differenti funzioni, deve concludersi per la prevaleva del profilo paesaggistico sulle determinazioni urbanistiche (Corte Cost. sentt. n. 367 del 2007, n. 180 e n. 437 del 2008 e n. 309 del 2011) in quanto la conservazione ambientale e paesaggistica, spettante in via esclusiva allo Stato, è un obbligo morale verso le generazioni future e costituisce il legame fra la salvaguardia della natura e l'identità nazionale (cfr. Corte costituzionale, 30 maggio 2008, n. 180).

Per cui esattamente (come evidenziato sub 7.§.1.) si lamenta che le modifiche all'originario testo dell'art. 46 qui impugnato, oltre che a contrastare con cogenti disposizioni di legge, contraddicevano sia le prescrizioni a cui la Soprintendenza aveva vincolato il proprio avviso favorevole e sia i concreti rilievi della Provincia.

Pertanto il presunto ruolo "nuovo e più incisivo" del Comune in materia di pianificazione del territorio", ricordato dalla Difesa dell'Amministrazione, non può risolversi in un arbitrio *legibus solutus*, ma deve avvenire nel contesto delle norme dell'Ordinamento e degli altri preesistenti interessi e presupposti procedurali.

Illegittimamente infatti il Comune ex abrupto ha approvato una testo della variante alle NTA che era ontologicamente del tutto differente da quello adottato.

Infatti, sotto le mentite spoglie dell'approvazione delle controdeduzioni alle n. 2 osservazioni pervenute (cui si fa solo un mero riferimento a pag. 4 dell'atto), la presupposta delibera n. 12/2018 aveva in realtà approvato una proposta di emendamento contenente le prescrizioni per gli interventi nei centri storici delle frazioni palesemente del tutto estemporanee rispetto al quadro regolatorio precedente.

In ogni caso, non può ritenersi legittimo lo stravolgimento dell'impianto complessivo del piano adottato sia che derivi da un emendamento dell'ente e sia che sia conseguenza dell'accoglimento delle osservazioni dei privati proprietari, (arg- ex Consiglio di Stato, sez. IV, 16/04/2010 n. 2166) successivamente alla delibera di adozione delle NTA.

La delibera impugnata, in spregio del cardine costituzionale del buon andamento della funzione amministrativa -- e dei relativi corollari rispettivamente della continuità dell'azione amministrativa, del giusto procedimento e del *contrarius actus* -- non poteva quindi sic et simpliciter azzerare:

-- i presupposti procedurali posti in essere nel quinquennio precedente sulla base del Protocollo di intesa tra Comune di L'Aquila e Soprintendenza finalizzato all'istituzione della Commissione permanente per la verifica di ammissibilità degli interventi (stipulato il 13.10.2010 ex art. 6, comma 3 del decreto del Commissario Delegato n. 3/2010);

-- il quadro regolatorio di cui alle "Prescrizioni per gli interventi in centro storico de L'Aquila e delle frazioni" allegate al Protocollo.

In sostanza il provvedimento appare in primo luogo illegittimo perché approvato senza seguire il medesimo procedimento previsto per la formazione del PRG in generale e senza richiedere in particolare un nuovo parere ex art. 10 della L.U. n.1150/1942 alla competente Soprintendenza (cfr. Consiglio di

Stato, sez. IV, 17/10/2019, n. 7051)

8.§.2. Le frazioni de' L'Aquila

Come sarà meglio evidente anche in seguito, nel caso in esame le modifiche impugnate finirebbero inevitabilmente per travolgere l'impianto precedente in relazione alla concreta realtà territoriale in cui le modifiche in questione andrebbero ad impattare.

Come è notorio, le 49 frazioni del Comune de' L'Aquila concernono realtà molto differenti: se una ha c.a. 5000 ab.; ed un'altra c.a. 3.000 ab., ben 32 oscillano tra i mille ed i cento abitanti mentre n. 14 nuclei hanno addirittura meno di 100 abitanti (alcune con solo 4 abitanti).

Sotto il profilo urbanistico alcune di esse sono semplicemente delle "case sparse" periferiche (spesso addossate a vie di comunicazione) e prive di reali caratterizzazioni tipologiche.

Molte però sono l'evoluzione degli antichi ed autonomi nuclei storici da cui, a partire dal XIII° secolo, si sviluppò la città e sono caratterizzate non solo da pregiate strutture di architettura rurale e medievale, ma dalla loro collocazione in un contesto di panorama di bassa montagna.

Alcune di queste sono soggette, da tempo, alla specifica tutela di cui al d.lgs. 42/2004 essendo state oggetto di provvedimenti di vincolo paesaggistico (ad. es. Assergi: D.M. 16/9/1968; Camarda: D.M. 16/9/1968; Paganica: D.M. 16/9/1968; Pagliare di Sassa: D.M. 5/12/2005; Collebrincioni: D.M. 21/6/1985; - San Vittorino: dal D.M. 21/6/1985; Poggio di Roio: D.M. 3/2/1966).

Altre frazioni, seppure non vincolate, costituiscono un patrimonio, culturale e collettivo di grande valore nazionale (si pensi ad es.: Poggio Santa Maria Bagno, Monticchio Collefracido, San Raniero, Casaline, Brecciassecca, Menzano) e per questo possono essere genericamente ricondotte alle "architetture rurali aventi interesse storico od etnografico quali testimonianze dell'economia rurale tradizionale" di cui alla lett. l) del comma 4 dell'articolo 10 del Testo Unico 22 gennaio 2004 n. 42.

Indipendentemente dalla loro grandezza, dalla loro strutturazione morfologica e dalle addizioni delle generazioni succedutesi nel corso dei secoli, molte Frazioni incastonate in panorami di grande bellezza, costituiscono delle realtà uniche ed irripetibili che potrebbero assumere un rilievo anche sotto il profilo economico.

La stampa economica ha più volte sottolineato come la rivalutazione economica dei nuclei storici (in Toscana, in Liguria, in Piemonte, in Friuli, in Umbria, ecc. ecc.) ha generato rilevanti flussi internazionali di turismo storico-naturalistico e gastronomico, ma ciò solo a condizione che si riesca a

preservare i contesti architettonici storici e gli originari scenari ambientali e paesaggistici ed evitare la realizzazione di un'edilizia di nessun pregio.

Come le ricordate tristi esperienze della ricostruzione nel Mezzogiorno hanno insegnato, le spinte speculative alla radicale trasformazione dei centri storici tradizionali in edilizia moderna hanno finito per produrre immobili il cui valore di mercato, a causa della carenza di attività economica e di domanda di vani, non arriva nemmeno ad un terzo del costo che l'erario aveva a suo tempo speso per la loro ricostruzione.

I centri urbani antichi sono un patrimonio culturale collettivo la cui ricostruzione dovrebbe restituire al paesaggio la bellezza delle forme originarie alterate dalle ingiurie del terremoto, portando al tempo stesso nella modernità strutture edilizie che necessitano di adeguamenti della sicurezza statica e di salubrità degli spazi al fine di preservare un prezioso irripetibile patrimonio abitativo per le future generazioni.

8.§.3. Il contenuto sostanziale delle modifiche e la loro compatibilità ordinamentale.

Ciò premesso, sotto il profilo sostanziale, hanno dunque ragione le Amministrazioni ricorrenti quanto sottolineano come, con i provvedimenti impugnati, vengano completamente cancellati i contenuti del comma 4 dell'art. 46 delle Norme Tecniche introdotto con la C.C. n. 109 del 5 dicembre 2016 e finisce per nullificare la sostanza delle misure di salvaguardia previste nella predetta delibera di adozione della variante.

È evidente che le porzioni di centro storico delle frazioni, che prima erano delimitate dal PRG come "Zona A", ai sensi del D.M. 2/04/1968 (nei quali era possibile solo il restauro ed i risanamenti conservativi), diventerebbero "Zona di ristrutturazione delle frazioni" con la conseguente ammissibilità di demolizioni generalizzate di tutti gli edifici successivi al 1860 e con ricostruzioni con indici di 3 metri cubi a metro quadro e premio di cubatura (analogamente alle Zona B "Residenziale di completamento delle frazioni" di cui all'art. 48; alle "Zone agricole" di cui all'art. 63, alla "Zona di rispetto dell'abitato" di cui all'art. 74, e delle "Zone di rispetto stradale" di cui all'art. 77 delle NTA).

In tale prospettiva le predette modifiche (oltreché con le disposizioni di cui al punto 8.§.1.) appaiono dunque anche in contrasto:

___ a) in linea generale con il ricordato art. 133, comma 3 del d.lgs. n.42/2004;

___ b) con l'art. 136 comma 1 lettera c) che fra i beni di "notevole interesse pubblico" annovera "i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici" ;

___ c) con l'articolo 29 comma 4 del Codice dei BB.CC.AA. per cui la "conservazione del patrimonio culturale" consente oltre alle manutenzioni, solo il "restauro" vale a dire "l'intervento diretto sul bene attraverso un complesso di operazioni finalizzate all'integrità materiale ed al recupero del bene medesimo, alla protezione ed alla trasmissione dei suoi valori culturali. Nel caso di beni immobili situati nelle zone dichiarate a rischio sismico in base alla normativa vigente, il restauro comprende l'intervento di miglioramento strutturale". Il predetto comma 4 esclude dunque ogni possibilità di "demolizione e ricostruzione" (cioè la c.d. "ristrutturazione pesante"). Contrariamente a quanto assume il Comune, deve ritenersi illegittimo il comma 7(ex 4) del novellato art. 46 delle NTA impugnate che consente la demolizione e ricostruzione anche degli immobili sottoposti a vincolo di tutela ex D. Lgs n. 42/2004, sia pure nel rispetto della medesima sagoma dell'edificio preesistente.

___ d) con l'art. 145, comma 3 del codice di cui al d.lgs. n.42, per cui le previsioni dei piani paesaggistici, nei quali s'integrano i provvedimenti ministeriali di cui si tratta, "non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico, sono cogenti per gli strumenti urbanistici dei comuni, delle città metropolitane e delle province, sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici..." (cfr. Consiglio di Stato Sez. VI, 29/01/2013 n. 535).

___ e) con l'art. 16, comma 4 delle N.T.A. del Piano Regionale Paesistico – P.R.P. (di cui alla delibera Consiglio Regionale 21 marzo 1990 n. 141 per cui "Gli strumenti urbanistici relativi ai nuclei storici degli abitati dovranno essere sottoposti alle procedure per l'intesa ai sensi all'art. 12 della L. 29.06.1939, n. 1497"): al riguardo è dunque evidente che tale intesa non può che concernere il contenuto specifico della disciplina urbanistica.

La radicale novità del contenuto della nuova regolamentazione comporta che -- contrariamente a quanto assume il Comune -- sulla proposta avrebbe dovuto essere richiesto un nuovo specifico parere delle Autorità preposte alla tutela del paesaggio.

8.§.4. L'irrelevanza del precedente parere della Soprintendenza sul testo delle NTA adottate.

Infatti l'avviso favorevole della Soprintendenza del 5 maggio 2017 per cui "le opere in progetto sembrano risultare compatibili con le esigenze di tutela" poteva avere valore e rilievo procedimentale solo se, ed in quanto, restava in vigore la versione delle NTA adottata con la C.C. n. 109/2016.

Oltre a ciò, si deve anche osservare che il parere de quo era anche subordinato al rispetto di due cogenti condizioni, che sono oggettivamente incom-

patibili con l'assetto normativo delineato nella delibera impugnata, secondo la quale:

“1. con l'attuazione delle presenti varianti al Piano non dovranno crearsi interferenze visive con la percezione dei centri storici sottoposti alle disposizioni di cui al predetto Codice e non potranno essere inibite in nessun modo le possibilità di fruizione degli stessi;

2. tutti gli interventi previsti nell'aree interessate dalle presenti varianti al Piano vigente dovranno essere preventivamente autorizzati dalla scrivente Soprintendenza ai fini del rilascio dell'autorizzazione di competenza ai sensi dell'articolo 21 del citato Codice”: e ciò sull'evidente presupposto per cui molte delle aree ricomprese nella variante urbanistica risultavano comunque interessate da provvedimenti emessi ai sensi della Parte II e/o III del Codice sui beni Culturali.

Come per tutti i pareri favorevoli ma condizionati dal rispetto di prescrizioni, il mancato adempimento delle condizioni imposte muta il segno dello stesso da favorevole a “sfavorevole”

Lo stravolgimento oggettivo del suo impianto comportava dunque l'automatica decadenza del parere stesso e la conseguente illegittimità della delibera n.21 per la violazione dell'art. 10, comma 10 della L.U..

8.§.5. Le questioni sostanziali poste in sede di consultazione della Provincia

L'incongruenza della delibera impugnata è indirettamente confermata anche dai verbali delle consultazioni con i rappresentanti dell'Ufficio Tecnico della Provincia, che avevano formalmente contestato proprio le eccessive variazioni introdotte rispetto al testo originariamente adottato (cfr. pagg. 2 e 3 del verbale del 20.9.2018: cfr. All. 1 al deposito ricorrenti del 23/07/2019).

Dunque non convince affatto l'affermazione del Comune per cui il testo della variante al P.R.G. di cui alla C.C. n. 109/2016, risultante dal successivo verbale di conferenza di consultazione con la Provincia in data 30 ottobre 2018, sarebbe stato compatibile con il vigente Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale.

In particolare in quella sede, con riguardo all'art. 46 delle N.T.A., la Provincia aveva condivisibilmente sottolineato:

-- che, nella parte (modificata in esito al recepimento di un emendamento presentato in Consiglio comunale) in cui individuava “...l'epoca di realizzazione degli edifici sottoposti a restauro conservativo (da “realizzati anteriormente al 1930” a “realizzati anteriormente al 1860”)”, sarebbe stata illegittima perché “... dopo la sua adozione, allo strumento urbanistico possono essere apportate soltanto le modifiche connesse all'accoglimento delle osservazioni

presentate nei termini di pubblicazione e tutte le altre modifiche e integrazioni conseguenti al recepimento dei pareri prescritti dalle norme in vigore...”.

-- che, in generale, si erano introdotti “...elementi di indeterminatezza, con particolare riferimento alla individuazione delle caratteristiche degli edifici “costruttive, dimensioni, importanza storica o sociale, antropologica” o agli elementi “di caratterizzazione del paesaggio urbano” (comma 4), nonché alla stima delle “rilevanti alterazioni degli edifici” in base alle quali ammettere la categoria di intervento della ristrutturazione edilizia (comma 6). Mentre sarebbe stato “opportuno, pertanto, individuare con certezza gli immobili ai quali risulta applicabile la norma tecnica in parola, attraverso la predisposizione di un elaborato grafico da allegare alla variante normativa o, in alternativa, rinviando l’attuazione degli interventi alla preventiva redazione di un piano particolareggiato (piano di recupero).” ... (omissis)

-- che si sarebbe dovuto stralciare l’intero comma 11 dell’art.46 concernente gli interventi di ristrutturazione edilizi in deroga agli strumenti urbanistici ex art. 14 D.P.R. n. 380/2001 perché contempla una “modalità applicativa di carattere generalizzato di un istituto di carattere speciale”, e l’estensione a “... fattispecie non contemplate dalla norma vigente (interventi di demolizione e ricostruzione di edifici privati al di fuori delle ipotesi previste dalla L.R. n. 49/2012)”

-- che, con riferimento al comma 12 dell’art.46 delle N.T.A., non era stata allegato uno schema di convenzione “al fine di regolare con certezza e trasparenza i rapporti pubblico/privato”.

Nel successivo verbale del 30.10.2018 -- a fronte della dichiarata intenzione del Comune di far luogo alla redazione di un testo che tenesse conto delle predette osservazioni -- la Provincia richiedeva al Comune di “integrare il testo normativo al fine di renderlo coerente con le norme nazionali sopravvenute, con particolare riferimento ai commi 6 e 7, per quanto riguarda le distanze minime e le tipologie d’intervento ammesse, distinguendole da quella di ristrutturazione consistenti nella integrale demolizione e ricostruzione con conservazione della volumetria”.

Tuttavia -- del tutto contraddittoriamente ed incredibilmente -- senza attendere l’adempimento delle sue richieste, il verbale finale della consultazione si conclude con la dichiarazione della Provincia per cui “l’articolo così come proposto fa salvi i principi che hanno ispirato la variante ed è conforme a quanto definito nella consultazione del 20/09/2018”.

A parte che (come visto sub 2.§.2.) l’avviso del Dirigente del Settore Territorio ed Urbanistica della Provincia del 14 novembre 2018 non ha assolutamente valore “di atto di controllo” ma è un parere in funzione collaborativa,

si deve comunque rilevare che, alla fine, il testo approvato con Delibera n. 21/2019 aveva lasciato intatte le parti ritenute inammissibili e/o *contra legem* dalla Provincia.

Anche sotto il profilo dell'eccesso di potere la variante appare sviatamente approvata in quanto il Comune in sede di consultazione prima aveva assunto di voler aderire alle modifiche suggerite in sede consultiva dalla Provincia, e poi, senza tener in nessun conto le indicazioni della stessa, ha successivamente fatto luogo ad un semplice maquillage redazionale (ad es. con lo spostamento al comma 7, del contestato comma 4) senza modificare la sostanza del testo.

8.§.6. Ulteriori valutazioni

Sotto il profilo del denunciato eccesso di potere appare indicativa anche la circostanza che, nella impugnata delibera di variante alle norme delle NTA, si prescinde del tutto da una qualsiasi considerazione della reale domanda di vani e della dinamiche della popolazione delle frazioni. In tale direzione esattamente dunque le parti ricorrenti lamentano che il Comune ha fatto luogo ad una indebita attribuzione di discrezionalità e di vantaggi ai privati a discapito della tutela e di più ampi interessi pubblici.

Manca ogni indicazione sulla finalità della nuova disciplina in relazione alla futura vocazione economica delle frazioni, soprattutto con riguardo alla vanificazione dell'unica possibile potenzialità economica di un ambito territoriale che in futuro potrebbe vedere nel turismo una importante risorsa integrativa del reddito ove ne sia conservato il pregio paesaggistico.

Con la variante impugnata, il Comune -- senza introdurre alcuna argomentazione relativa a sopravvenienze che avrebbero giustificato una così radicale innovazione -- ha del tutto immotivatamente abbandonato le precedenti finalità di armonizzazione delle contrapposte esigenze, in favore di una sorta di deregulation che, senza distinguere le varie situazioni territoriali, rischia di compromettere per sempre la bellezza delle forme originarie di complessi architettonici storic-artistici.

Infine, ed è l'aspetto risolvete, le disposizioni delle Norme Tecniche di Attuazione annesse al Piano Regolatore Generale del Comune di L'Aquila, approvato con deliberazione di Consiglio Regionale n. 162/33 del 6 luglio 1979, appaiono del tutto incompatibili con le sopravvenute norme nazionali e regionali in materia di centri storici, per cui deve escludersi la permanenza dell'efficacia delle predette N.T.A. per l'evidente contrasto con la attuale disciplina urbanistica generale.

Al contrario, al momento di adozione della variante impugnata, la disciplina urbanistica delle Frazioni era costituita:

-- in primis dalla disciplina della salvaguardia conseguente all'adozione di cui alla delibera C.C. n. 109/2016;

-- in secundis dal complesso delle ulteriori regole derivanti dalle misure di salvaguardia conseguenti all'adozione della prima variante di cui alla C.C. n. 109/2016;

-- altresì dal complesso delle regole (giustamente ricordate dalle ricorrenti e unitariamente costruite con l'USRA e la Soprintendenza) tra cui in particolare il Piano di Ricostruzione, adottato dal comune dell'Aquila con Delibera C.C. n. 23 del 9 febbraio 2012, che prevedeva l'applicazione di criteri conservativi nei centri storici dell'Aquila e delle frazioni, che pur non avendo natura di Piano regolatore, conteneva comunque le "Linee di indirizzo strategico", che costituivano un importante parametro di riferimento per l'esame delle richieste di riconoscimento del contributo pubblico di ricostruzione e delle c.d. cosiddette "maggiorazioni" (Decreto n. 1 USRA 12 marzo 2013 Doc 6);

-- infine dalle Prescrizioni allegate al Piano di Ricostruzione da applicarsi nelle aree edificate e non edificate ricadenti all'interno della "Perimetrazione dei centri storici di L'Aquila e delle frazioni" (Decreto del Commissario della Ricostruzione n. 03/2010 e approvazione con Delibera C.C. n. 35 del 30 aprile 2010).

Per questo non ha pregio l'assunto difensivo del Comune per cui la variante urbanistica approvata non avrebbe determinato l'introduzione di alcuna innovazione in quanto non avrebbe modificato le possibilità di intervento che, da circa 40 anni, sarebbero state previste dal PRG ed anzi avrebbe introdotto una previsione esplicitamente volta ad impedire l'apposizione agli edifici di incongrue coperture piane.

Appare dunque del tutto contraddittorio il provvedimento che, senza nemmeno specificare i profili generali e le specifiche finalità perseguite, con un'improvvisa inversione a "U" rispetto alla delibera n. 109/016, tende a riportare la disciplina edilizia alle norme tecniche di attuazione del PRG del 1979, come se da allora: -- non fossero trascorsi oltre 40 anni; -- non si fosse verificato un devastante terremoto; -- non vi fosse stata una notevole modifica del perimetro reale e del tessuto urbanistico ed edilizio della città; -- non fossero ancora in istruttoria un numero consistente di richieste.

8.§.7. Considerazioni conclusive sul primo gravame

In definitiva anche il ricorso n. 273/2019, nei profili esaminati, deve essere accolto e deve dunque essere pronunciato l'annullamento della delibera n. 21/2019. In conseguenza dell'annullamento degli atti di cui sopra la disciplina urbanistica delle Frazioni storiche del territorio aquilano resta ferma all'ultimo atto della procedura, allo stato ancora valido ed efficace, vale a dire

all'adozione delle precedenti misure di salvaguardia di cui alla deliberazione di adozione delle NTA di cui alla Deliberazione Consiliare n. 109/2016.

9.§. Statuizioni finali

In conclusione entrambi i ricorsi di cui in epigrafe sono meritevoli di accoglimento nei sopra esaminati assorbenti profili.

Deve dunque pronunciarsi l'annullamento degli atti impugnati.

Le spese tuttavia, in considerazione della novità assoluta delle questioni, possono essere integralmente compensate tra le parti.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza del 26 ottobre 2020 n. 296 - Pres. Paolo Passoni - Est. Massimiliano Balloriani

Competenza territoriale dei Tribunali Amministrativi – Criteri – Ripartizione - Sede dell’Autorità emanante – Efficacia spaziale dell’atto – Facoltà medico-sanitarie - Questione disponibilità di posti – Didattica a distanza - Disallineamento dell’offerta formativa – Domanda sociale di professionalità sanitarie – Crediti formativi – Riconoscimento – Disciplina di Ateneo – Decreto Ministeriale del 16 marzo 2007 – Art. 3 comma 8 – Adeguata motivazione – Medesimo settore scientifico-disciplinare – Riconoscibilità non inferiore al 50% - Crediti maturati

1. Il criterio ordinario di ripartizione della competenza territoriale, rappresentato dalla sede dell’autorità amministrativa cui fa capo l’esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell’efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell’ambito territoriale di un tribunale periferico, per cui la competenza spetta al tribunale nella cui circoscrizione tali effetti si verificano anche nell’ipotesi in cui l’atto sia stato adottato da un organo centrale dell’amministrazione statale.

2. Il parametro dell’offerta formativa nell’ambito della programmazione dei posti disponibili nella più recente evoluzione giurisprudenziale è stato attualmente ridimensionato laddove lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che oramai: “non è più ipotizzabile un problema di minore o insufficiente offerta formativa per inadeguata ricettività strutturale, in quanto è già esplicitamente consentita una più efficace ed economica didattica a distanza, utile a sostituire, almeno per i primi quattro anni del corso di laurea, se unita ad idonea dotazione tecnologica, la frequenza a lezioni ed esercitazioni in modalità frontale e, anzi, le Università sono anche autorizzate a predisporre corsi ed esami on-line, e non solo per il periodo dell’emergenza “Covid-19”” (cfr ord. Cons. St. sez. VI, n.3315 del 9.06.2020). La questione della disponibilità dei posti risulta altresì superata con sentenza 5429 dell’11.09.2020 con cui il Consiglio di Stato, sez. VI, ha annullato il d.m. 28 giugno 2018 n.524 di determinazione del fabbisogno a causa del disallineamento con la offerta formativa universitaria che frustra le aspettative dei candidati e rivela un deficit di istruttoria nel confezionamento del numero dei posti messi a concorso e nei metodi di selezione, sì da alimentare oltremodo il contenzioso universitario, e per l’effetto ha rimesso al Ministero di concerto con il sistema universitario il compito di provvedere, ciascuno per le proprie competenze, all’adozione delle

misure necessarie a por rimedio al detto squilibrio.

3. *L'unico presupposto attuale per l'ingresso alle facoltà mediche è pertanto quello del riconoscimento di un numero di crediti formativi minimo e idoneo a dimostrare, in vece del superamento dei test d'ingresso per chi proviene direttamente dalle scuole secondarie di secondo grado, il possesso delle capacità richieste per seguire i corsi. Tale requisito, per non apparire frutto di scelte arbitrarie, sproporzionate e discriminatorie (cfr. Tar Pescara, sentenza 305 del 2019) deve trovare una disciplina uniforme nel regolamento di Ateneo. A tal proposito, ai sensi dell'art. 3, comma 8 del d.m. 16 marzo 2007, per i casi di trasferimento degli studenti da un corso di laurea magistrale a un altro i regolamenti didattici assicurano il riconoscimento del maggior numero possibile dei crediti già maturati dallo studente, anche ricorrendo eventualmente a colloqui per la verifica delle conoscenze effettivamente possedute, e comunque "il mancato riconoscimento dei crediti deve essere adeguatamente motivato". Dove, comunque, la quota di crediti relativi al medesimo settore scientifico disciplinare non può essere inferiore al 50% di quelli effettivamente maturati.*

(omissis)

FATTO e DIRITTO PREMESSO

che il ricorrente - iscritto alla facoltà di Medicina, corso di laurea in Odontoiatria e Protesi Dentaria dell'Università Cattolica "Nostra Signora del Buon Consiglio" di Tirana, e avendo conseguito complessivamente 128 cfu - ha partecipato alla selezione indetta con il decreto rettoriale, prot. n. 88857 del 2 dicembre 2019, ai fini dell'ammissione al secondo anno della facoltà di Odontoiatria dell'Università D'Annunzio, venendo tuttavia collocato, al termine della procedura, in posizione non utile;

che con il presente ricorso ha dunque impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensiva, le graduatorie di merito e tutti gli atti della relativa procedura, contestando la previsione di un limite esiguo di posti per il trasferimento e dunque la previsione di una graduatoria di merito, sebbene, ad avviso del ricorrente, la valutazione dei crediti dovrebbe valere al più per la determinazione a quale anno di corso consentire l'ammissione; ed evidenziando che in altre occasioni precedenti la medesima Università avrebbe provveduto a iscrivere altri aspiranti al trasferimento da corsi attinenti alle scienze mediche, al di fuori di simili procedure comparative;

che in conclusione il medesimo ricorrente chiede l'accertamento della fondatezza della pretesa a ottenere il nulla-osta all'iscrizione al Corso Ordinario di Laurea in Odontoiatria e Protesi Dentaria dell'Università "G. D'Annun-

zio” di Chieti-Pescara;

che con ordinanza cautelare n.107 del 2020 è stata accolta l’istanza di sospensione del provvedimento impugnato ai fini dell’ammissione del ricorrente con riserva al corso di studi oggetto di richiesta;

RILEVATO

che sussiste comunque la competenza territoriale del Tribunale adito, giusta ordinanze Cons. St. n.n. 2453 e 3020/2018 secondo cui il criterio ordinario, rappresentato dalla sede dell’autorità amministrativa cui fa capo l’esercizio del potere oggetto della controversia, cede il passo a quello dell’efficacia spaziale nel caso in cui la potestà pubblicistica spieghi i propri effetti diretti esclusivamente nell’ambito territoriale di un tribunale periferico, per cui la competenza spetta al tribunale nella cui circoscrizione tali effetti si verificano anche nell’ipotesi in cui l’atto sia stato adottato da un organo centrale dell’amministrazione statale, e che, nel caso specifico, il d.m. M.i.u.r. n.477/2017 - ivi impugnato nella parte in cui prevede l’utilizzazione per i trasferimenti ad anni successivi al primo dei posti risultati non coperti da cittadini non comunitari – introduce una linea di indirizzo che può non essere recepita dagli Atenei, stante l’autonomia che l’ordinamento riconosce alle Università, sicché l’impugnazione del bando poteva anche prescindere da quella dell’atto ministeriale presupposto;

CONSIDERATO

che la questione dell’avviso di selezione impugnato risulta superata per effetto della pronuncia di annullamento del bando per i trasferimenti del 2.12.2019 adottata da questo T.a.r. con sentenza 283 del 2020 (“... il bando impugnato, per come formulato, si traduce di fatto nella esclusione dalla iscrizione dei soggetti che non abbiano superato il test per la ammissione al primo anno e pertanto il ricorso sul punto si appalesa fondato conseguendone l’annullamento del bando essendo venuto meno in quanto dichiarato illegittimo il presupposto decreto ministeriale di programmazione dei posti disponibili ... pertanto, nelle more della elaborazione di criteri uniformi secondo i principi richiamati in motivazione il ricorso merita accoglimento ai fini del riesame affinché la competente Commissione si pronunci sulla sussistenza in capo al ricorrente per effetto dei titoli conseguiti o degli esami sostenuti del requisito minimo di cfu da parametrare ai sensi degli artt. 3 commi 8 e 9 del d.m. cit. rispetto al piano di studi del corso di laurea cui il ricorrente aspira, previa elaborazione di criteri generali e astratti valevoli per tutti i candidati e corsi di laurea con crediti riconoscibili”) (cfr. anche Tar Pescara sentenze 281 e 283 del 2020);

che, in ogni caso, il parametro dell’offerta formativa nell’ambito della programmazione dei posti disponibili nella più recente evoluzione giurispru-

denziale è stato attualmente ridimensionato laddove lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che oramai: “non è più ipotizzabile un problema di minore o insufficiente offerta formativa per inadeguata ricettività strutturale, in quanto è già esplicitamente consentita una più efficace ed economica didattica a distanza, utile a sostituire, almeno per i primi quattro anni del corso di laurea, se unita ad idonea dotazione tecnologica, la frequenza a lezioni ed esercitazioni in modalità frontale e, anzi, le Università sono anche autorizzate a predisporre corsi ed esami on-line, e non solo per il periodo dell’emergenza “Covid-19”” (cfr ord. Cons. St. sez. VI, n.3315 del 9.06.2020);

che la questione prospettata della disponibilità dei posti risulta altresì superata con sentenza 5429 dell’11.09.2020 con cui il Consiglio di Stato, sez. VI, ha annullato il d.m. 28 giugno 2018 n.524 di determinazione del fabbisogno a causa del disallineamento con la offerta formativa universitaria che frustra le aspettative dei candidati e rivela un deficit di istruttoria nel confezionamento del numero dei posti messi a concorso e nei metodi di selezione, sì da alimentare oltremodo il contenzioso universitario, e per l’effetto ha rimesso al Ministero di concerto con il sistema universitario il compito di provvedere, ciascuno per le proprie competenze, all’adozione delle misure necessarie a por rimedio al detto squilibrio, fornendo in ogni caso contezza delle modalità di computo dei posti messi a concorso;

tale decisione, in quanto relativa al decreto ministeriale di determinazione del fabbisogno dell’anno accademico 2018/2019, è destinata a riverberare i suoi effetti per il successivo anno accademico dal momento che la quantificazione dei posti disponibili avviene anche sulla base dei posti resisi vacanti, ivi inclusi quelli destinati ai cittadini non comunitari, in base alla programmazione del precedente anno;

RITENUTO

che pertanto le richiamate pronunce sono rilevanti nel presente giudizio;

che difatti a seguito della pronuncia di annullamento del d.m. 2018 proprio per l’anno accademico 2019/2020 con ordinanza cautelare 5646 del 23.09.2020 il Consiglio di Stato, accogliendo la domanda di sospensione, disponeva l’iscrizione del ricorrente al secondo anno del corso di laurea in Medicina e Chirurgia con diritto a sostenere gli esami e seguire le lezioni;

che, per effetto dell’intervenuto annullamento giurisdizionale del d.m. 2018, allo stato non sussiste un limite numerico ragionevolmente imposto all’accesso tramite il canale alternativo del trasferimento da altre facoltà di medicina o affini, e dunque non possono trovare applicazione tutti gli atti e conseguenti barriere all’entrata che su tale limite traevano fondamento;

che l’unico presupposto attuale è pertanto quello del riconoscimento di

un numero di crediti formativi minimo e idoneo a dimostrare, in vece del superamento dei test d'ingresso per chi proviene direttamente dalle scuole secondarie di secondo grado, il possesso delle capacità richieste per seguire i corsi ("non più sulla base di un requisito pregresso di ammissione agli studi universitari ormai del tutto irrilevante perché superato dal percorso formativo-didattico già seguito in ambito universitario, ma esclusivamente sulla base della valutazione dei crediti formativi affidata alla autonomia universitaria, in conformità con i rispettivi ordinamenti, sulla base del principio di autonomia didattica di ciascun ateneo; cfr. l'art. 11 della legge n. 341 del 1990, che affida l'ordinamento degli studi dei corsi e delle attività formative ad un regolamento degli ordinamenti didattici, denominato "regolamento didattico di ateneo" cfr. Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 1 del 2015; Tar Pescara, sentenza breve 78 del 2018);

che tale requisito, per non apparire frutto di scelte arbitrarie, sproporzionate e discriminatorie (cfr. Tar Pescara, sentenza 305 del 2019) deve trovare una disciplina uniforme nel regolamento di Ateneo;

che, ai sensi dell'art.3, comma 8 del d.m. 16 marzo 2007, sulla determinazione delle classi di laurea magistrale, per i casi di trasferimento degli studenti da un corso di laurea magistrale a un altro i regolamenti didattici assicurano il riconoscimento del maggior numero possibile dei crediti già maturati dallo studente, secondo criteri e modalità previsti dal regolamento didattico del corso di laurea magistrale di destinazione "anche ricorrendo eventualmente a colloqui per la verifica delle conoscenze effettivamente possedute", e comunque "il mancato riconoscimento dei crediti deve essere adeguatamente motivato";

che, ai sensi del comma 9, per il trasferimento di studenti tra corsi di laurea magistrale appartenenti alla medesima classe, la quota di crediti relativi al medesimo settore scientifico disciplinare non può essere inferiore al 50% di quelli effettivamente maturati;

che nelle more della elaborazione di criteri uniformi secondo i principi richiamati in motivazione il ricorso merita accoglimento ai fini del riesame affinché la competente Commissione si pronunci sulla sussistenza in capo al ricorrente per effetto dei titoli conseguiti o degli esami sostenuti del requisito minimo di cfu da parametrare ai sensi degli artt. 3 commi 8 e 9 del d.m. cit. rispetto al piano di studi del corso di laurea cui il ricorrente aspira, previa elaborazione di criteri generali e astratti valevoli per tutti i candidati e corsi di laurea con crediti riconoscibili;

che, da ultimo, quanto alle spese di giudizio, ricorrono giusti motivi per compensarle in ragione della peculiarità delle questioni trattate.

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza del 12 ottobre 2020 n. 276 - Pres. Passoni - Est. Balloriani

Provvedimento amministrativo – Revoca – Interesse pubblico e privato – Necessario raffronto – Buona fede – Legittimo affidamento – Nuova valutazione degli interessi - Ritiro per annullamento d’ufficio – Motivazione adeguata - Necessità

1. L’atto di revoca, anche se discrezionale, deve dar conto del raffronto dell’interesse pubblico con l’interesse privato sotteso all’atto oggetto di revoca; e più in particolare, alla luce anche dei principi generali di tutela dell’affidamento e della buona fede nei rapporti tra i privati e la Pubblica Amministrazione nonché del buon andamento dell’azione amministrativa, la revisione dell’assetto di interessi recato dall’atto di secondo grado deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario e le ragioni di tale revisione devono evidenziare la consistenza e l’intensità dell’interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro del provvedimento originario; sicché la motivazione della revoca deve esplicitare non solo i contenuti della nuova valutazione dell’interesse pubblico, ma anche la prevalenza di tale interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole (Consiglio di Stato sentenza 1837 del 2020)

2. Ciò vale anche qualora si riqualifichi l’atto di ritiro come annullamento d’ufficio in ragione di inesplorati rilievi di (il)legittimità, atteso che, anche in tal caso, sarebbe stata necessaria una sia pur sintetica motivazione idonea a far comprendere il vizio che inficerebbe l’atto (Tar Napoli, sentenza 2705 del 2020).

(omissis)

FATTO e DIRITTO

Considerato che:

- il ricorrente ha impugnato la delibera di Giunta Comunale n. 61 del 19 giugno 2019, con la quale il Comune di Roccamorice ha revocato, in autotutela, la precedente delibera di Giunta n. 45 del 24 aprile 2019, cui era stata prorogata per il periodo dal 16 novembre 2018 sino al 15 novembre 2020 la concessione di vendita di erbe vegetanti e di assegnazione dei terreni pascolativi comunali, aggiudicata al medesimo con provvedimento n. 14 del 10 giugno 2016;

- il ricorrente lamenta, tra l’altro, il mancato avviso di avvio del procedimento di revoca; che mentre il provvedimento di proroga recherebbe ampia e

dettagliata motivazione, quello di revoca sarebbe motivato solo con la seguente apodittica motivazione: “sono emersi vari elementi di natura giuridica, che potenzialmente possano dar luogo a rilievi di legittimità e opportunità in ordine al provvedimento di proroga”, in violazione anche dell’articolo 21 quinquies della legge 241 del 1990; che la revoca sarebbe altresì contraddittoria in quanto “nel provvedimento di revoca, della precedente delibera di Giunta di proroga della concessione di terreni pascolativi, si continua a far riferimento ad una circolare della Regione Abruzzo del 2017 e ad una nota del 2019 della Coldiretti, nelle quali “appunto si chiarisce la necessità di assicurare la continuità del titolo di conduzione delle particelle assegnate al pascolo per i beneficiari della 19 relativa misura agro-climatica-ambientale””; che sarebbe lesiva dell’affidamento suscitato con una proroga concessa solo pochi mesi prima, nonché adottata in violazione del canone di proporzionalità;

- all’udienza del 25 settembre 2020 la causa è passata in decisione;
- in ricorso è fondato;

- come rilevato dal ricorrente, il provvedimento impugnato appare del tutto carente di adeguata motivazione e contraddittorio con le premesse, atteso che in esso viene appunto richiamata la circolare della Regione Abruzzo RA137013 del 22 maggio 2017, nella parte in cui chiarisce la necessità di assicurare continuità al titolo di conduzione dei pascoli almeno per un quinquennio, che non appare affatto scaduto anche considerato il periodo di proroga; e che l’unica motivazione della revoca della proroga si rinviene appunto nella generica affermazione secondo cui “sono emersi vari elementi di natura giuridica, che potenzialmente possano dar luogo a rilievi di legittimità e opportunità in ordine al provvedimento di proroga”;

- le censure esposte sono pertanto fondate atteso che, come noto, l’atto di revoca, anche se discrezionale, deve dar conto del raffronto dell’interesse pubblico con l’interesse privato sotteso all’atto oggetto di revoca; e più in particolare, alla luce anche dei principi generali di tutela dell’affidamento e della buona fede nei rapporti tra i privati e la Pubblica Amministrazione nonché del buon andamento dell’azione amministrativa, la revisione dell’assetto di interessi recato dall’atto di secondo grado deve essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario e le ragioni di tale revisione devono evidenziare la consistenza e l’intensità dell’interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro del provvedimento originario; sicché la motivazione della revoca deve esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell’interesse pubblico, ma anche la prevalenza di tale interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole (Consiglio di Stato sentenza 1837 del 2020);

- non cambiano le conclusioni qualora si riqualifichi l'atto come annullamento d'ufficio in ragione di inesplicati rilievi di (il)legittimità, atteso che, anche in tal caso, sarebbe stata necessaria una sia pur sintetica motivazione idonea a far comprendere il vizio che inficerebbe l'atto (Tar Napoli, sentenza 2705 del 2020);

- le spese seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo;

(omissis)

T.A.R. Abruzzo – Pescara – Sentenza del 14 maggio 2020 n. 156 - Pres. Passoni - Est. Balloriani

Urbanistica- Edilizia – Abuso edilizio – Istanza per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria – Diniego – Ordinanza di demolizione – Legittimità – Sentenza definitiva – Presentazione di S.C.I.A. per demolizione di opere abusive – Diniego espresso – Provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale – Intervenuta demolizione spontanea del manufatto abusivo – Mancata notifica della sentenza – Giudicato formale – S.C.I.A. tempestiva

1. *Condivisibile giurisprudenza ha chiarito che, definito il procedimento in ordine alla istanza di sanatoria, il termine concesso per l'esecuzione spontanea della demolizione dovrà decorrere dal momento in cui il diniego di sanatoria perviene a conoscenza dell'interessato; costui, infatti, non può essere pregiudicato dall'aver esercitato una facoltà di legge, quale quella di chiedere la verifica postuma di conformità urbanistica e, pertanto, ha diritto di fruire dell'intero termine a lui assegnato per adeguarsi all'ordine, evitando così le conseguenze negative connesse alla mancata esecuzione dello stesso (Tar Napoli, sentenza 1891 del 2017; 5296 del 2018; Tar Napoli, sentenza 5296 del 2018)*

2. *Ai fini della tempestività del termine per ottemperare alla originaria ordinanza di demolizione, occorre dunque fare riferimento al passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato che ha definito il giudizio avverso il diniego di sanatoria. A tal proposito, si deve considerare che “a norma dell'art. 324 c.p.c., applicabile anche nel processo amministrativo, si intende passata in giudicato la decisione del Consiglio di Stato non più soggetta a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui al n. 4 e 5 art. 395 c.p.c. (revocazione ordinaria), non esistendo nel processo amministrativo disposizioni sul giudicato formale in deroga all'art. 324 c.p.c.” (cfr. Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 24 del 2012).*

3. *Si può quindi stabilire che il procedimento amministrativo prima e giurisdizionale poi sull'istanza di sanatoria hanno avuto un definizione conclusiva e intangibile con il passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato che ha confermato la legittimità dell'ordine di demolizione e quindi, in assenza di notifica, sei mesi dopo la data di pubblicazione della sentenza; sicché la Scia per procedere alla demolizione presentata, in data temporale anteriore al passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato, era da ritenere tempestiva.*

(omissis)

FATTO e DIRITTO

Considerato che:

- la ricorrente impugna il provvedimento del 25 febbraio 2019 con il quale il Comune di Cepagatti ha accertato l'inottemperanza all'ordine di demolizione con conseguente acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'immobile sito in Cepagatti, foglio n. 10, particella n. 671 (ex 178) sub. 4 categoria D8; il provvedimento di "diniego" dell'8 marzo 2019 della Scia per provvedere alla demolizione dell'abuso; la relazione della Polizia Municipale di accertamento della omessa esecuzione della ordinanza di demolizione del 1 giugno 2009;

- più in particolare, sintetizzando l'intrigata vicenda procedimentale, in data 27 gennaio 2009 è stato accertato l'abuso consistente nella realizzazione, in assenza di titoli edilizi, "di un fabbricato adibito ad ufficio di 91,00 metri quadrati circa con un portico di 70,00 metri quadrati, due piccoli box in lamiera per la rimessa di attrezzi dalle dimensioni di metri 7,80 x 2,70 ciascuno e una piazzola in cemento e ghiaia"; in data 20 febbraio 2009 la ricorrente ha dunque presentato istanza per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria; il 1 giugno 2009 il Comune di Cepagatti, su presupposto dell'avvenuta formazione del silenzio rifiuto su tale istanza, ha adottato l'ordinanza di demolizione del manufatto in questione e pertinenze; quindi il 15 giugno 2009 la ricorrente ha presentato una nuova istanza di permesso di costruire in sanatoria, che è stata rigettata il successivo 15 luglio 2009; con sentenza 204 del 11 maggio 2012, il Tar Pescara ha rigettato il ricorso avverso tale diniego di sanatoria (sentenza confermata dal Consiglio di Stato con sentenza 5319 del 11 settembre 2018); il 4 gennaio 2019 il Comune ha effettuato un nuovo sopralluogo tramite personale della Polizia Municipale, accertando che non era stato eseguito l'ordine di demolizione; il 14 febbraio 2019 la ricorrente ha presentato una "S.c.i.a. per la demolizione totale di fabbricati esistenti"; i lavori di demolizione sono iniziati in data del 7 marzo 2019 e completati dalla impresa incaricata dalla ricorrente l'8 marzo 2019, data in cui è stata comunicata appunto l'ultimazione dei lavori; con atto adottato in pari data ma notificato il 19 marzo 2019 è stato disposto "il diniego di S.C.I.A. per i lavori di demolizione ai sensi del combinato disposto dell'art. 22 del D.p.r. n. 380/2001 e del comma III dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990"; il successivo 9 marzo 2019, è stato notificato alla ricorrente il provvedimento oggi impugnato del 25 febbraio 2019 con cui previo accertamento della omessa demolizione si è dato atto dell'avvenuta acquisizione al patrimonio comunale dell'immobile;

- all'udienza del 6 marzo 2020 il ricorso è passato in decisione;

- secondo parte della giurisprudenza che anche questo Tar ha in passato condiviso (Tar Milano sentenza 2381 del 2019; Tar Milano sentenza 1319 del 2019; Tar Puglia Lecce, 1917 del 219; Consiglio di Stato 8502 del 2010) l'Amministrazione dopo aver rigettato l'istanza di permesso in sanatoria dovrebbe adottare un nuovo provvedimento di demolizione, rimettendo così in termini il privato per provvedere a eseguirla senza incorrere nella sanzione prevista per la inottemperanza;

- viceversa si otterrebbe del resto il risultato paradossale che il destinatario dell'ordine di demolizione dovrebbe comunque provvedere a eseguirla senza attendere di conoscere l'esito finale della propria istanza di sanatoria e quindi della possibile regolarizzazione postuma dell'immobile;

- secondo altra giurisprudenza, oggi condivisa in prevalenza dal giudice d'appello (Consiglio di Stato sentenza 4479 del 2018), la domanda di accertamento di conformità determina invece un mero arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, ma tale inefficacia, a differenza di quanto riconosciuto invece per il caso di istanza di condono ove esiste in proposito una espressa previsione di legge (Consiglio di Stato sentenza 340 del 2020), opera in termini di mera sospensione, e quindi non è necessaria l'adozione di un nuovo provvedimento di demolizione in caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, perché esso riacquista la sua efficacia; altra giurisprudenza ha poi precisato che non si tratta di una sospensione degli effetti ma della esecuzione dell'ordinanza di demolizione, in pendenza della istanza di sanatoria (cfr. Consiglio di Stato sentenza 3417 del 2018);

- in proposito, tuttavia, condivisibile giurisprudenza ha chiarito che, definito il procedimento in ordine alla istanza di sanatoria, "il termine concesso per l'esecuzione spontanea della demolizione dovrà decorrere dal momento in cui il diniego di sanatoria perviene a conoscenza dell'interessato; costui, infatti, non può essere pregiudicato dall'aver esercitato una facoltà di legge, quale quella di chiedere la verifica postuma di conformità urbanistica e, pertanto, ha diritto di fruire dell'intero termine a lui assegnato per adeguarsi all'ordine, evitando così le conseguenze negative connesse alla mancata esecuzione dello stesso (Tar Napoli, sentenza 1891 del 2017; 5296 del 2018; Tar Napoli, sentenza 5296 del 2018);

- la condivisibilità di tale ultimo orientamento del resto è tanto più evidente in ipotesi, come nel caso di specie, in cui il diniego di sanatoria è stato oggetto di impugnazione che ha determinato lo svolgersi di ben due gradi di giudizio, sicché, se il termine di riferimento per la ottemperanza fosse sempre quello della originaria ordinanza di demolizione, senza ricominciare a decorrere dalla definizione del giudizio sul diniego di sanatoria, la medesima

ricorrente avrebbe dovuto in ipotesi demolire in corso di giudizio facendo venir meno il proprio interesse a coltivare l'impugnazione, con il risultato di rendere il diniego stesso sostanzialmente inoppugnabile, in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale;

- ai fini della tempestività del termine per ottemperare alla originaria ordinanza di demolizione, occorre dunque fare riferimento al passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato che ha definito il giudizio avverso il diniego di sanatoria:

- a tal proposito, si deve considerare che “a norma dell'art. 324 c.p.c., applicabile anche nel processo amministrativo, si intende passata in giudicato la decisione del Consiglio di Stato non più soggetta a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui al n. 4 e 5 art. 395 c.p.c. (revocazione ordinaria), non esistendo nel processo amministrativo disposizioni sul giudicato formale in deroga all'art. 324 c.p.c.” (cfr. Consiglio di Stato Ad. Plen. n. 24 del 2012);

- nel caso di specie, non si è data prova dell'avvenuta notifica alla odierna ricorrente, soccombente in quel giudizio, della sentenza del Consiglio di Stato in questione, sicché, deve essere considerato il termine cd. lungo di 6 mesi per il ricorso in Cassazione (cfr. l'articolo 327 cpc “Indipendentemente dalla notificazione, l'appello, il ricorso per cassazione e la revocazione per i motivi indicati nei numeri 4 e 5 dell'articolo 395 non possono proporsi dopo decorsi sei mesi dalla pubblicazione della sentenza”);

- si può quindi stabilire che il procedimento amministrativo prima e giurisdizionale poi sulla istanza di sanatoria hanno avuto un definizione conclusiva e intangibile con il passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato 5319 dell'11 settembre 2018 e quindi 6 mesi dopo questa data, vale a dire l'11 marzo 2019; sicché la Scia presentata dalla ricorrente 14 febbraio 2019 per procedere alla demolizione era da ritenere tempestiva;

- ne consegue pertanto che il ricorso è fondato e deve pertanto essere annullato il provvedimento di acquisizione al patrimonio comunale;

- le spese possono essere compensate in ragione della peculiarità della questione affrontata;

(omissis)

III

INTERVENTI E RASSEGNE

Notarelle sul “diritto all’oblio”

Il fondamento giuridico del diritto all’oblio può rinvenirsi in diverse fonti dell’ordinamento, interno e sovranazionale: *in primis* l’art. 2 Cost., specie ove inteso come clausola generale attraverso la quale garantire la copertura a livello costituzionale di diritti della personalità non espressamente tutelati da altre norme costituzionali.

L’esposizione perdurante o reiterata di un determinato soggetto al pregiudizio che la pubblicazione di una certa notizia gli crei finisce per ledere la sfera privata del predetto, come sottolineato, altresì, dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, con la sentenza C-131/12 del 13.05.2014 che ha sancito il riconoscimento anche a livello comunitario del diritto all’oblio.

Concettualmente, quest’ultimo si distingue ed è dotato di autonomia rispetto alla differente nozione di riservatezza, intesa come protezione dell’intimità della propria vita privata e familiare da ingerenze altrui, in quanto la tutela del diritto all’oblio viene in luce allorché una determinata notizia sia già stata diffusa, anche in forma telematica, e divulgata al pubblico, divenendo da fatto privato accadimento di rilevanza pubblicistica, giacché sia sorretto da un interesse tale che ne giustifichi la diffusione.

Quando una notizia ad esempio di cronaca giudiziaria viene pubblicata la sua giustificazione si rinviene, in origine, e come è ovvio, nel diritto di cronaca, cui corrisponde l’esigenza della collettività ad essere informata in maniera veridica e completa circa importanti accadimenti, come la commissione di un illecito penale che presuppone la violazione di norme generalmente poste a presidio di interessi pubblicistici.

Tuttavia si sa che il tempo è galantuomo. Dopo anni e anni dai fatti, quella pubblicazione conserva oppure no la sua originaria giustificazione costituzionale? La domanda è sostanzialmente collegata ad uno dei principi del diritto di cronaca, ossia l’interesse pubblico alla notizia. Ebbene è proprio perché il tempo passa questo interesse potrebbe affievolirsi. Certo, il problema è capire chi decida a monte che non vi sia più un interesse pubblico. E come si faccia, tecnicamente a provare che il pubblico non ha più interesse a sapere. Chi insomma decide che “adesso basta” “adesso tutti devono dimenticarsi di quell’evento”. Verrebbe da dire: “chi ci comanda” almeno in questo senso? Chi decide ciò che è giusto rimanga nella comune memoria e venga a volte “riaperta la scatola dei ricordi” e chi decide che invece quella scatola deve rimanere nella cantina?

Il fatto quando si verifica ha in sè il germe della notizia. I giornalisti usano sempre ripetere: “dov’è la notizia?”. Altrimenti detto cosa è la notizia? Senza alcuna pretesa di completezza potrebbe dirsi che la notizia è mettere a conoscenza la collettività che un “fatto importante” di è verificato. Senza inutili orpelli intellettuali verrebbe da domandarsi cosa sia un “fatto importante”. Forse e dico forse il criterio del buon senso dovrebbe guidare il principio della nozione di “fatto importante”. Ad esempio, è importante sapere che in una data città si aggira un serial killer. Le persone che vi abitano devono saperlo, affinché adottino un comportamento istintivamente improntato alla prudenza. Ma è importante sapere che il sig. Mario negli anni di tangentopoli è stato condannato per concussione? Dipende. Se la notizia è solo quella, a distanza di trent’anni forse non ha più rilievo. Se però il sig. Mario è ora in procinto di assumere un ruolo di rilievo ove vi è maneggio di danaro, magari sarebbe opportuno che ciò “venga fuori”. Questo in teoria, ma poi all’atto pratico, per quale motivo dopo trent’anni un vecchio scheletro nell’armadio avrebbe rilievo per la collettività? E se il fatto storico ormai putrefatto dal tempo non fosse altro che l’occasione per colpire persone che quella nomina intendono fare? Allora quel fatto storico perderebbe la dignità di notizia assumendone solamente le vesti. Si maschererebbe un fatto storico agghindandolo con la “dignità” della notizia, senza scrivere tuttavia che la finalità di quella “notizia vestita” sarebbe solo strumentale ad altri scopi. Beh a dirla tutta questa sarebbe forse la notizia. Ma crediamo questa sia in fondo un’altra storia.

Probabilmente ciò che legittima il diritto di cronaca è un fatto di per sè di difficile o impossibile definizione: il pubblico interesse e, se proprio, anche chi seleziona ciò che pubblico deve diventare e ciò che, forse, è bene non diventi pubblico. Insomma il diritto di cronaca si fonderebbe su un assioma (l’interesse pubblico) cioè su una proposizione o un principio che è assunto come vero perché ritenuto evidente (il problema in questo caso sarebbe: a chi è ritenuto evidente) o perché fornisce il punto di partenza di un quadro teorico di riferimento (è il fondamento su cui poggia il diritto costituzionale alla libera informazione).

Sulla base del predetto assioma si rinviene la *ratio* del diritto all’oblio che, in concreto, può realizzarsi in maniera diversa e con forme di tutela crescente: non necessariamente mediante l’eliminazione della notizia ma anche attraverso la sua deindicizzazione. Quest’ultima non renderà più possibile a mezzo di una ricerca telematica rinvenire determinati link e riferimenti ed è stata di recente “avallata” come concreta modalità di tutela del diritto dal Garante per la protezione dei dati personali che con provvedimento del 21.12.2017 ha parzialmente accolto un ricorso e stabilito la rimozione degli URL già indicizzati

fra i risultati di ricerca ottenuti digitando il nome e il cognome del ricorrente.

Il c.d. diritto all’oblio (*right to be forgotten*) si dipana in due fattispecie diverse:

(1) “*il rapporto tra diritto di cronaca, posto a servizio dell’interesse pubblico all’informazione, e diritto della persona a che certe vicende della propria vita, che non presentino più i caratteri dell’attualità, ovvero sia che non siano più suscettibili di soddisfare un interesse apprezzabile della collettività a conoscerle, non trovino più diffusione da parte dei media*” (Cass. 20 marzo 2018 n. 6919);

(2) la pretesa ad ottenere la rimozione, da elenchi, o archivi, o registri del proprio nominativo o di dati personali, fattispecie che quindi è strettamente correlata alla tutela del diritto di privacy, e che trova oggi espressa menzione e disciplina nell’art. 17 del Reg. UE 679/2016 entrato in vigore a far data dal 25 maggio 2018 (c.d. *de-listing*).

L’art. 17 del reg. UE 679/2016 nel riconoscere il c.d. diritto alla “cancellazione” (*de-listing*) né ha enucleato i principi ed i confini. Il comma 1 prevede: che “*l’interessato ha diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l’obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali*” e ciò nei casi indicati dalla lettera a alla lettera f. Per quello che qui interessa è la lettera A) ad assumere rilievo: “*i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati*”. revoca del consenso al trattamento; opposizione al trattamento ai sensi dell’art. 21 del regolamento; illecito trattamento dei dati; obbligo giuridico di cancellazione dei dati; raccolta dati per servizi a minori - art. 8 regolamento.

La questione è infatti trovare il classico bilanciamento di interessi tra il diritto fondamentale di tutela della legittima aspettativa di veder interrotta la diffusione di fatti o notizie che attengono alla sfera personale con i diritti generali di cronaca, critica ed archiviazione

La sentenza fondamentale è certamente Cass. 20 marzo 2018 n. 6919 che indica un decalogo che consente di enucleare delle regole atte a trovare un bilanciamento tra i suddetti contrapposti diritti. In base ai principi espressi dalla Cassazione infatti il diritto fondamentale all’oblio può subire una compressione a favore del diritto di cronaca solo in presenza di precisi presupposti: “*1) il contributo arrecato dalla diffusione dell’immagine o della notizia ad un dibattito di interesse pubblico; 2) l’interesse effettivo ed attuale alla diffusione dell’immagine o della notizia (per ragioni di giustizia, di polizia o di tutela dei diritti e dell’altrui libertà, ovvero per scopi scientifici, didattici o culturali), da reputarsi mancante in caso di prevalenza di un interesse divulgativo o,*

peggio, meramente economico o commerciale del soggetto che diffonde la notizia o l'immagine; 3) l'elevato grado di notorietà del soggetto rappresentato, per la peculiare posizione rivestita nella vita pubblica e, segnatamente, nella realtà economica o politica del paese; 4) le modalità impiegate per ottenere e nel dare l'informazione, che deve essere veritiera (poiché attinta da fonti affidabili, e con diligente lavoro di ricerca), diffusa con modalità non eccedenti lo scopo informativo, nell'interesse del pubblico, e scevra da insinuazioni o considerazioni personali, si da evidenziare un esclusivo interesse oggettivo alla nuova diffusione; 5) la preventiva informazione circa la pubblicazione o trasmissione della notizia o dell'immagine a distanza di tempo, in modo da consentire all'interessato il diritto di replica prima della sua divulgazione al grande pubblico.»

Quindi, in sintesi, la contrazione del diritto all'oblio in favore del diritto di cronaca trova il suo fondamento sia quando la notizia mantenga i presupposti che ne avevano legittimato l'originaria pubblicazione (la notizia deve tutta essere espressa secondo «il decalogo del buon giornalista» cristallizzato da Cass. 18 ottobre 1984 n. 5259 secondo cui occorre che: la notizia sia vera, abbia utilità sociale e rispetto il principio della continenza espositiva) sia quando sussistano gli ulteriori requisiti di attualità, effettività, continenza e notorietà e sia comunque preservato il diritto di replica dell'interessato.

La curiosità in tutto questo è che certamente il diritto di cronaca, come detto, poggia il suo fondamento giustificativo in una regola non provabile (l'interesse pubblico alla notizia), mentre il diritto all'oblio poggia un fondamento nettamente più solido che è quello di non vedere ulteriormente esposto il proprio passato, insomma ad essere dimenticato. Come afferma Cass. civ. n. 16111 del 2013, «il diritto dell'interessato ad essere dimenticato in tanto può cedere il passo rispetto al diritto di cronaca in quanto sussista un interesse effettivo ed attuale alla diffusione della notizia; diversamente argomentando, altrimenti, si finirebbe col riconoscere una sorta di automatica permanenza dell'interesse alla divulgazione, anche in un contesto storico completamente mutato» e occorre ponderare la «concreta proporzionalità fra la causa di giustificazione (il diritto di cronaca) e la lesione del diritto antagonista».

Marco Riario Sforza

IV
VITA FORENSE

I Principi Deontologici Forensi

Brevi note circa l'influsso dell'esperienza romana classica sul diritto vigente italiano

Sommario: 1. L'esperienza romana classica. 2. Breve excursus dei più rilevanti principi deontologici forensi nel diritto attuale italiano. 3. L'esito di un'analisi comparata. 4. Cenni al codice deontologico degli avvocati europei. 5. Considerazioni conclusive.

1. La deontologia forense è l'insieme delle regole di condotta che devono essere rispettate da tutti coloro che esercitano la professione di avvocato, cioè da coloro che sono iscritti all'Ordine degli avvocati. La deontologia, pur avendo ad oggetto il complesso delle regole di condotta che attengono al diritto, all'etica e alla prassi forense, non può essere confusa con questi ultimi, perché gode di propria autonomia e dignità, che l'ordinamento stesso le riconosce.

La deontologia forense, in altre parole, è la "scienza del dovere" dell'avvocato, ossia l'insieme delle regole di comportamento che l'avvocato, nonché il tirocinante¹, sono tenuti a osservare. Si tratta di regole nate dalla prassi professionale, che nel corso del tempo sono state codificate in norme giuridiche², la cui violazione espone dunque a responsabilità disciplinare.

Nel diritto romano classico³ è ritenuto determinante l'apporto che l'avvocato, politico, oratore e scrittore romano Marco Tullio Cicerone (vissuto tra il

1. Cfr. l'art. 42 della nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, legge 31 dicembre 2012, n. 247 (in G.U. 18 gennaio 2013, n. 15): «I praticanti osservano gli stessi doveri e norme deontologiche degli avvocati e sono soggetti al potere disciplinare del consiglio dell'ordine».

2. Tuttavia, il carattere giuridico dei canoni deontologici non è ancora unanimemente riconosciuto, persistendo opinioni che attribuiscono loro carattere meramente morale o, addirittura, li restringono entro il campo della buona educazione. Le norme deontologiche, invero, presentano tutti i caratteri delle norme giuridiche: generalità, astrattezza e forza coattiva.

3. Ci si riferisce, convenzionalmente, al periodo che va dal 27 a.C. (ascesa di Augusto) fino al 235 d.C. (morte dell'imperatore Alessandro Severo), che rappresenta per il diritto e la giurisprudenza romana il momento più elevato della sua storia. Il diritto classico ha dato una forma unica all'intero diritto romano, che a sua volta ha influito in maniera determinante su molti ordinamenti europei successivi, ivi compresi quelli deontologici forensi.

106 e il 46 a.C.⁴), attraverso le sue opere di retorica giudiziaria (in particolare il *De Officiis*), ha dato al tema della deontologia professionale, al punto da potersi sostenere che ne abbia determinato l'origine.

Egli afferma che un processo non può essere definito “giusto” se non sono state rispettate le regole della deontologia professionale previste per gli avvocati.

Numerose sono le opere ciceroniane rilevanti a proposito di deontologia forense (nonché di deontologia in generale); esse vanno da quelle retoriche e filosofiche alle vere e proprie orazioni giudiziarie, nelle quali patrocinava i suoi clienti in cause civili e criminali. Ma l'opera più significativa in argomento è, come si accennava, il *De Officiis* (“dei doveri”, “di quel che è giusto fare”) scritto nel 44 a.C., in quanto costituisce un vero e proprio codice deontologico delle attività istituzionali e professionali.

Cicerone, partendo dal concetto greco del *Καθήκον* (“*kathèkon*”, letteralmente “ciò che si conviene”, in ambito etico-filosofico), approda alla nozione romana di “*officium*”, che estende alle regole di comportamento dell'avvocato sia nel processo civile che in quello penale. In particolare, nel primo l'avvocato è chiamato a *defendere*, mentre nel secondo ad *accusare*. Tra le due attività Cicerone considera più rilevante la prima, e riconduce a questa anche la seconda, posto che “accusare” significa comunque “difendere”, segnatamente un cittadino più debole o lo Stato.

Quello che noi oggi chiamiamo codice deontologico, nel diritto romano era indicato per lo più col termine *formula consuetudinis nostrae*, che si riferisce tanto all'*advocatus* – cioè colui che si limitava a compiere specifici atti processuali nel processo civile – quanto al *patronus* – ossia l'oratore che pronunciava l'arringa *apud iudices*, davanti ai giudici⁵.

Tutti i canoni deontologici forensi di origine ciceroniana derivano dalla seguente espressione: *honeste et libere defendere*, che a propria volta discende dal più generico *honeste et libere vivere*. Dunque, chi vive onestamente e liberamente, svolgerà la professione di avvocato in modo altrettanto onesto e libero. Tale concetto, a ben vedere, traspare anche dal nostro attuale codice deontologico, a mente del quale l'avvocato, anche al di fuori dell'esercizio del suo ministero, deve comportarsi in modo tale da non compromettere la dignità della professione e l'affidamento altrui (ad esempio, deve pagare i propri debiti nei confronti dei terzi).

Il concetto di *honeste defendere* è ampio e difficilmente definibile; ma

4. Quindi alla fine del periodo pre-classico, 201-27 a.C.

5. Per la distinzione tra *advocatus* e *patronus*, si veda CERAMI-DI CHIARA-MICELI, *Profili processualistici dell'esperienza giudica europea*, Torino, 2003, 294.

Cicerone ne fa discendere i seguenti canoni deontologici imposti all'avvocato:

- in *primis*, il dovere di difesa, in base al quale nessuno – anche se di modesta condizione, oppure colto in flagranza di reato o reo di un grave delitto, ovvero ancora avversario politico del *patronus* – rimanga privo del patrocinio di un avvocato. Su tale principio è fondato il sistema del gratuito patrocinio, esistente anche in epoca romana;

- l'obbligo di diligenza, ossia agire con *cura et opera*;

- gli obblighi di aggiornamento professionale, di studio e di competenza, tanto che egli ammetteva di dedicare a tali incombenze la maggior parte del tempo a sua disposizione;

- l'obbligo di lealtà e correttezza (*fides et religio*), per il quale l'avvocato è in grado di conseguire la verità nel processo esclusivamente nel caso in cui asserisce soltanto ciò che può dimostrare e a condizione che faccia tutto ciò che gli è possibile fare. Tale obbligo deve essere osservato a favore di quattro categorie di soggetti: il cliente (che non deve mai essere danneggiato dai comportamenti dell'avvocato); i colleghi, la controparte e i testimoni (verso i quali l'avvocato non deve mai essere aggressivo o irrispettoso); il giudice (verso il quale l'avvocato non deve essere offensivo, né deve avere o mostrare rapporti di amicizia o familiarità); i terzi, ossia i dipendenti, i collaboratori e tutte le altre persone con cui viene a contatto (la correttezza dell'avvocato nei confronti di essi, infatti, richiama quel vivere onestamente anche al di fuori della professione, cui si accennava sopra).

Il concetto di *libere defendere*, d'altra parte, comprende il sé anzitutto il diritto-dovere di indipendenza dell'avvocato, che consiste nel non farsi condizionare, nel corso della difesa del proprio assistito, da alcun timore e da alcun fattore esterno.

Peraltro, da tale canone discende anche una conseguenza per così dire di strategia difensiva, nel senso che il *patronus* deve esporre in giudizio tutto ciò che può servire alla difesa del suo cliente e, in particolare, deve valorizzare qualsiasi elemento a questo favorevole e nel contempo tralasciare o almeno sminuire le circostanze a lui pregiudizievoli. In altri termini l'avvocato libero e talentuoso è quello che, pur non dando mai al giudice l'impressione di voler omettere qualche fatto rilevante del processo, tuttavia riesce a dirigere l'attenzione della corte e dei giurati sui fatti a sé favorevoli, nascondendo o quantomeno mimetizzando tutti gli altri.

La libertà dell'avvocato, inoltre, passa dal diritto-dovere di impostare i tempi e i modi della difesa esclusivamente secondo la sua volontà, sempre nel rispetto del contraddittorio e della "parità d'armi" con la controparte e il suo difensore.

Cicerone, nell'enumerare i canoni deontologici forensi, si occupa anche di quelli che deve osservare il giudice, il quale deve necessariamente ricercare la verità⁶ in ogni causa, valutare attentamente l'attendibilità dei testimoni, avere il coraggio di condannare anche coloro che gli sono graditi e di assolvere quelli che odia.

Il grande oratore, infine, anticipa un enorme problema che in Italia angustia la macchina giurisdizionale, sostenendo che il giusto processo è quello che ha una ragionevole durata, in quanto il *tardissime iudicare*⁷ è fonte di denegata giustizia e, di conseguenza, di irreversibili danni per l'imputato, nel processo criminale, e per le parti, nel processo civile⁸.

2. In Italia, l'attuale codice deontologico degli avvocati è stato approvato dal Consiglio Nazionale Forense (CNF) nella seduta del 31 gennaio 2014, secondo quanto previsto dalla legge 31 dicembre 2012 n. 247 (legge professionale forense). Il precedente codice risale al 1997, modificato da ultimo nel 2008.

Tuttavia, norme di rilevanza deontologica si trovano anche in alcuni testi di legge, quali il codice di procedura civile, il codice penale, il codice di procedura penale e la stessa legge professionale forense.

È opportuno quindi dapprima passare in rassegna brevemente gli articoli di tali codici e della legge professionale per dedicarci, successivamente, all'analisi del codice deontologico forense.

L'art. 88 c.p.c. prevede l'obbligo per gli avvocati di comportarsi con lealtà e probità.

Un'altra norma che prescrive doveri deontologici all'avvocato è rappresentata dall'art. 89 c.p.c. che vieta l'uso di espressioni sconvenienti od offensive negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al giudice. Quest'ultimo può ordinare che siano cancellate le espressioni sconvenienti od offensive e può altresì assegnare un risarcimento del danno, anche non patrimoniale, alla persona offesa quando tali espressioni non riguardino l'oggetto

6 In particolare, secondo Cicerone, mentre il giudice non può prescindere dalla ricerca della verità, cioè dei fatti che sono effettivamente accaduti, dall'altra parte il *patronus* ha il diritto-dovere di individuare ed esprimere ciò che è verosimile sia accaduto, senza però mai cadere nella falsificazione dei fatti. Questo concetto è espresso da Cicerone nel *De Officiis* con le seguenti parole: «*veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*».

La distinzione tra ricerca della verità (propria del giudice) e ricostruzione del verosimile (cui l'avvocato è facoltizzato) ci sembra argomentazione di grande raffinatezza e sensibilità giuridiche.

7. Ma anche il decidere in tempi talmente brevi da sfociare in un verdetto avventato o, peggio, preconstituito (in proposito si legga CICERONE, *Pro Caecina*, 2.6).

8. Sul punto si veda CERAMI-DI CHIARA-MICELI, *Profili processualistici*, cit., 64 ss.

della causa.

L'art. 622 c.p. tutela la segretezza professionale anche dal punto di vista del diritto penale, atteso che la rivelazione di segreto professionale costituisce un reato punibile a querela della persona offesa.

L'art. 200 c.p.p. prevede per l'avvocato la facoltà di astensione dalla testimonianza, quando prescrive che gli avvocati non possono essere obbligati a deporre su quanto abbiano conosciuto per ragione del proprio ministero ufficio o professione, salvi casi eccezionali in cui abbiano l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria. Il comma 2 prevede tuttavia che il giudice, qualora abbia motivo di dubitare che la dichiarazione resa per esimersi dal deporre sia infondata, provveda agli accertamenti necessari e nel caso ordini al testimone di deporre.

Nel processo civile, la medesima facoltà di astensione dalla testimonianza è prevista dall'art. 249 c.p.c., che rinvia all'art. 200 c.p.p.

Quanto alla legge professionale forense, anzitutto l'art. 3, rubricato "doveri e deontologia", fissa ai primi due commi i principi sui quali si deve fondare l'attività dell'avvocato: autonomia, indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza.

Successivamente i commi 3 e 4 rinviano espressamente al codice deontologico, emanato dal CNF, ai sensi degli artt. 35 comma I, lettera d) e 65 comma 5 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

La legge professionale, dunque, rinvia espressamente al codice deontologico, e anche da ciò si desume il carattere normativo di questo.

Veniamo ora al codice deontologico degli avvocati.

Come abbiamo anticipato, il codice stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto a osservare in via generale, e segnatamente nei rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e professionisti; la trasgressione di esse è fonte di responsabilità disciplinare, cioè dell'inflizione delle tipiche sanzioni disciplinari (avvertimento, censura, sospensione e radiazione).

Tali norme individuano specificamente (cioè tipizzano) le condotte da osservare e i comportamenti scorretti, e contengono l'espressa indicazione della sanzione applicabile (alla stregua delle norme incriminatrici del diritto penale).

Nella gerarchia delle fonti del diritto, il codice deontologico, essendo un regolamento interno alla categoria, costituisce una fonte secondaria di produzione, che ha forza vincolante per tutti gli avvocati e i praticanti.

Il codice si compone di 73 articoli raccolti in sette titoli:

- il primo (artt. 1-22) individua i principi generali;

- il secondo (artt. 23-37) è riservato ai rapporti con il cliente e la parte assistita;

- il terzo (artt. 38-45) si occupa dei rapporti tra colleghi;

- il quarto (artt. 46-62) attiene ai doveri dell'avvocato nel processo;

- il quinto (artt. 63-68) concerne i rapporti con terzi e controparti;

- il sesto (artt. 69-72) concerne i rapporti con le Istituzioni forensi;

- il settimo (art. 73) contiene la disposizione finale della sua entrata in vigore.

Il codice deontologico, allo stesso modo dei principi deontologici ciceroniani, è diretto a tutelare l'interesse pubblico al corretto esercizio della professione forense (promuovendo la correttezza dei comportamenti degli avvocati fuori e dentro il processo), a preservare l'autonomia e l'indipendenza dell'avvocato e a garantire il principio di legalità.

Esaminiamo anzitutto i principi generali del codice deontologico.

L'avvocato garantisce il diritto alla libertà, inviolabilità ed effettività della difesa (art. 1, comma 1), assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio.

L'avvocato, nell'esercizio del suo ministero, vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione e dell'Ordinamento dell'Unione Europea e sul rispetto dei medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a tutela e nell'interesse della parte assistita (art. 1, comma 2).

È importante evidenziare che le norme deontologiche si applicano a tutti gli avvocati non solo nell'ambito della loro attività professionale, nei reciproci rapporti e in quelli con i terzi (ad esempio nei rapporti con i CTU, con i magistrati, con i mediatori, con gli arbitri, etc.), ma anche ai comportamenti nella vita privata, quando ne risulti compromessa la reputazione personale o l'immagine della professione forense (art. 2).

Sono vevoli, inoltre, anche per l'attività svolta all'estero dall'avvocato italiano e per l'attività in Italia dell'avvocato straniero (art. 3).

L'avvocato ha il dovere di evidenziare, al momento dell'iscrizione all'albo o quando insorgono, eventuali cause d'incompatibilità rispetto alla professione e alla specifica attività di difesa (art. 6).

Egli, come emerso in precedenza dalla lettura dell'art. 88 c.p.c., ha il dovere di lealtà e correttezza verso i colleghi e le Istituzioni forensi (art. 19).

Ancora, grava sull'avvocato il dovere di probità, dignità, decoro e indipendenza (art. 9), cioè doveri di carattere generale. Moltissime infrazioni disciplinari sono riconducibili alla trasgressione di tali doveri generali. Nello specifico, l'avvocato deve essere indipendente da qualsiasi influenza e, in

particolare, dal potere politico, da organizzazioni commerciali e dallo stesso cliente, e ciò risponde all'esigenza di una maggiore garanzia del diritto alla difesa dell'assistito.

L'importante dovere di fedeltà (art. 10) si traduce nel rispetto della posizione del proprio assistito e nel dovere di non arrecargli alcun pregiudizio.

L'avvocato, come qualunque altro professionista, è tenuto al dovere di diligenza (art. 12) che, in sostanza, è l'insieme delle cautele che deve osservare per svolgere correttamente la propria attività e la cui mancanza può dar luogo a responsabilità professionale.

Rilevante è altresì il dovere di segretezza e riservatezza (art. 13), ossia di non divulgare fatti e circostanze apprese nello svolgimento della propria attività professionale.

I doveri di competenza (art. 14), di aggiornamento professionale e di formazione continua (art. 15) si sostanziano nel divieto per l'avvocato di assumere la difesa nell'ambito di materie in cui non è competente, dovendo in tal caso rifiutare l'incarico. Essi mirano a garantire la qualità delle prestazioni professionali.

Un dovere esclusivamente "moderno" è quello di adempimento previdenziale e fiscale (art. 16), in forza del quale gli avvocati sono tenuti a una serie di adempimenti fiscali e previdenziali nei confronti della c.d. Cassa forense.

Molto delicato è il tema dell'informazione sull'esercizio professionale (art. 17). In proposito il codice deontologico consente l'esercizio di pubblicità c.d. informativa dell'avvocato, cioè sulla propria attività professionale, sull'organizzazione e la struttura dello studio e sulle eventuali specializzazioni e titoli professionali e scientifici posseduti, evitando però la mera pubblicità commerciale, ritenuta tradizionalmente offensiva del decoro professionale. Sono vietate anche forme di pubblicità comparativa in ambito forense, nonché di pubblicità ingannevoli, denigratorie, suggestive ed equivocate. Discussa è la possibilità di pubblicizzare prezzi e tariffe delle proprie prestazioni professionali. L'avvocato può utilizzare il titolo accademico di professore solo se sia o sia stato docente universitario di materie giuridiche; specificando in ogni caso la qualifica e la materia di insegnamento.

Nelle informazioni al pubblico l'avvocato non deve indicare il nominativo dei propri clienti o parti assistite, ancorché questi vi consentano (art. 18).

In ordine ai canoni deontologici relativi ai rapporti tra avvocato e cliente o parte assistita, essi si fondano essenzialmente su due principi: la fiducia e l'autonomia. La fiducia implica lealtà e chiarezza tra cliente e avvocato, mentre l'autonomia richiede che l'avvocato difenda gli interessi della parte assistita nel miglior modo possibile, sempre però nel rispetto della legge e dei

doveri deontologici.

Ad esempio, l'avvocato non potrebbe assecondare eventuali ordini del cliente o richieste di procedere a iniziative giudiziarie fallimentari, illecite o pretestuose; in caso contrario potrà essere accusato di patrocinio infedele.

Al momento del conferimento dell'incarico, l'avvocato ha alcuni obblighi informativi verso il cliente (prevedibile durata della causa, oneri conseguenti, preventivo scritto se richiesto dal cliente, estremi della polizza assicurativa dell'avvocato, possibilità di avvalersi della mediazione) (art. 27), e deve liberamente pattuire il compenso (art. 25).

L'avvocato, inoltre, è sempre obbligato ad astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto con gli interessi del proprio assistito o interferisca con lo svolgimento di un altro incarico professionale (art. 24).

Ove il legale non adempia al mandato professionale con la dovuta diligenza e accortezza (es. prescrizione di diritti cagionata dall'omissione di azioni giudiziarie per inattività), subirà le conseguenti responsabilità disciplinari (art. 26).

Anche il difensore d'ufficio è tenuto a comportarsi con diligenza e sollecitudine (art. 26, comma 4).

L'avvocato è obbligato a restituire alla parte assistita, senza ritardo, tutta la documentazione ricevuta per l'espletamento del mandato, qualora questa ne faccia richiesta perché, ad esempio, ha nominato un nuovo legale (art. 33).

Notevole è il canone del divieto di accaparramento di clientela (art. 37), comportamento che viene ritenuto lesivo del decoro e della dignità professionale (es.: distribuire volantini nelle carceri, negli ospedali⁹, alle vittime d'incidenti stradali, etc.).

Quanto ai rapporti con i colleghi, vengono in rilievo i doveri di correttezza e lealtà (artt. 38-45), sia nell'ambito dell'attività giudiziale, sia in generale (divieto di registrare le conversazioni telefoniche con i colleghi o riportare in atti processuali il contenuto di colloqui con essi intercorsi; divieto di mettersi in contatto diretto con la controparte, omettendo di contattare l'avvocato che la assiste; divieto di esprimere apprezzamenti denigratori sull'attività del collega).

9. Con l'evidente scopo di accaparrarsi il mandato per far ottenere al paziente il risarcimento dei danni subiti a seguito di errori medici. A tal proposito, recentemente si è purtroppo assistito al proliferare di annunci sui "social", da parte di avvocati, di disponibilità a perseguire errori del personale ospedaliero commessi in occasione dell'emergenza sanitaria conseguente alla pandemia da Coronavirus.

Non è mancato peraltro chi, per tutta risposta, ha pubblicizzato l'offerta della propria prestazione professionale a favore dei medici perseguiti: sotto il profilo deontologico, il giudizio di riprovevolezza è il medesimo.

Ovviamente il dovere di difesa del proprio cliente prevale sul dovere di colleganza, nel senso che l'avvocato non può mai subordinare gli interessi della parte a un atteggiamento benevolo verso il collega (art. 46, comma 1).

In sede processuale, l'avvocato deve rispettare la puntualità in udienza e in ogni altra occasione di incontro con colleghi; inoltre, sempre nell'interesse della parte assistita e nel rispetto della legge, deve collaborare con i difensori delle altre parti, anche scambiando informazioni, atti e documenti (art. 46).

Molto importante è il dovere di verità (art. 50). In attuazione di tale dovere, l'avvocato non può introdurre o utilizzare nel procedimento prove o elementi di prova, dichiarazioni o documenti che sappia essere falsi. Inoltre, egli non deve rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza, e, più in generale, deve astenersi dal deporre, perché è tenuto all'obbligo di segretezza (art. 51).

Nei rapporti con magistrati, arbitri, conciliatori, mediatori, periti, consulenti tecnici, testimoni, l'avvocato è tenuto a mantenere un atteggiamento dignitoso e rispettoso (artt. 53, 54, 55), evitando di mostrare o approfittare di eventuali rapporti di amicizia, familiarità o confidenza per ottenere favori o preferenze dai magistrati. Egli deve altresì evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto del procedimento.

In merito ai rapporti con la controparte e i terzi, l'avvocato, anche al di fuori dell'esercizio del suo ministero, deve comportarsi in modo tale da non compromettere la dignità della professione e l'affidamento altrui (artt. 63 ss.). Egli, ad esempio, deve pagare i propri debiti nei confronti dei terzi.

A mente del codice deontologico, il legale non deve assumere incarichi professionali contro *ex* clienti, a meno che siano trascorsi almeno due anni dalla cessazione del precedente rapporto e quando l'oggetto dell'incarico sia del tutto estraneo a quello svolto in precedenza (art. 68).

3. Come già segnalato, il *patronus*, nel linguaggio tecnico della retorica latina, indicava colui che pronuncia l'arringa davanti all'organo giudicante (*apud iudices*), e si distingue dal semplice *advocatus*, la cui attività era circoscritta al compimento di specifici atti processuali, soprattutto nelle cause civili¹⁰.

Nell'esercizio della propria attività professionale, *patronus* e *advocatus* dovevano attenersi a un complesso di regole fondate sulla prassi forense (individuata con locuzioni diverse, quali *usus forensis*, *ab usu iudiciorum ac foro*, *iudiciorum consuetudo* e *consuetudo institutumque maiorum*), alcune delle

10. F. ARCARIA, *Il dovere di verità. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XII, 2019.

quali proprie ed esclusive della prassi forense romana, nonché a valori etico-professionali (*decorum, honestas, humanitas, integritas, innocentia, misericordia, lenitas, fides, firmitas, diligentia, probitas, prudentia, moderatio, temperantia, auctoritas, veritas, religio*), che, assurgendo a canoni operativi (c.d. *praecepta*) ai quali conformare la propria *ars forense* (quali il dovere di difesa, fedeltà, lealtà, misericordia, correttezza, diligenza, competenza, aggiornamento professionale e indipendenza), finivano per assumere un preminente rilievo e un ruolo determinante nel delicato esercizio dell'*officium defensionis*¹¹.

Volendo dar conto a grandi linee di un'analisi comparata dei canoni deontologici forensi romani e di quelli vigenti in Italia, è doveroso iniziare con il dovere di difesa, cioè quello di assicurare la difesa a chiunque, anche ai meno abbienti; si pensi, come precipitato pratico di tale dovere, agli odierni istituti della difesa d'ufficio e del gratuito patrocinio per i soggetti economicamente più deboli. Esso è presente in forme analoghe in entrambi gli ordinamenti, con evidente influenza di quello romano su quello attuale.

L'obbligo di diligenza, essenziale nel diritto romano classico e pre-classico, è confermato anzitutto nella legge professionale forense, all'art. 3; quindi è rinsaldato dal nostro codice deontologico, come quel dovere in forza del quale l'avvocato deve agire sempre con adeguata correttezza nell'espletamento del proprio mandato professionale.

Il canone romano dell'aggiornamento professionale, di studio e di competenza, oltre a essere prescritto dal medesimo art. 3 dell'ordinamento professionale forense, nell'ambito dell'odierno codice deontologico si sostanzia nell'obbligo di formazione continua dell'avvocato, che a sua volta si dirama nella formazione propriamente detta e nell'aggiornamento professionale.

L'obbligo ciceroniano di lealtà e correttezza nei confronti dei clienti, dei colleghi, delle controparti, dei testimoni e dei terzi è attualmente prescritto sia dagli artt. 88 e 89 c.p.c., sia dal codice deontologico, come abbiamo sopra visto.

Il diritto-dovere romano di indipendenza e autonomia dell'avvocato (*libere defendere*), pur sempre però entro i limiti di conservare il rapporto fiduciario col cliente, è recepito nella legge professionale forense come principio generale. Inoltre, è specificato nel codice deontologico moderno come importante canone, in virtù del quale l'avvocato, ad esempio, non potrebbe piegarsi alle richieste pressanti del proprio assistito, se non ne è convinto; a pena di essere accusato di infedele patrocinio. In questo diritto rientra altresì il diritto-dovere dell'avvocato di impostare i tempi e i modi della difesa.

11. F. ARCARIA, *Il dovere di verità*, cit.

4. L'intensificarsi delle attività professionali forensi a livello europeo ha generato l'esigenza di creare un codice degli avvocati europei.

Il codice deontologico degli avvocati europei è stato approvato con delibera del Consiglio degli ordini forensi d'Europa (CCBE) nel 1988 e modificato, da ultimo, il 19 maggio 2006.

Si tratta di un testo vincolante per tutti gli Stati membri: tutti gli avvocati che sono iscritti agli ordini di tali paesi (a prescindere dal fatto che tali ordini siano membri effettivi, associati o osservatori del Consiglio degli Ordini Forensi Europei) sono tenuti a rispettare il Codice nell'esercizio delle loro attività transnazionali all'interno dell'Unione europea, dello spazio economico europeo e della Confederazione svizzera nonché degli stati associati e osservatori.

I Principi Generali sono, a grandi linee, gli stessi che il codice italiano riferisce agli avvocati: l'indipendenza, la fiducia e integrità morale, il segreto professionale, l'incompatibilità, la pubblicità personale, l'interesse del cliente.

Parimenti, i singoli canoni deontologici ripercorrono quelli del nostro codice deontologico (così come, del resto, degli altri codici deontologici dei paesi europei): dai rapporti con i clienti (affidamento ed estinzione del mandato con il cliente, conflitto di interessi, determinazione degli onorari, definizione della lite al costo migliore e beneficio del gratuito patrocinio, fondi dei clienti), ai rapporti con i magistrati (la deontologia applicabile all'attività giudiziaria, il principio del contraddittorio, il rispetto del giudice, le informazioni false o suscettibili di indurre in errore), fino ai rapporti tra avvocati (il rapporto di colleganza, la corrispondenza tra avvocati, la comunicazione con la parte avversa, ecc.).

Le differenze si concentrano, ovviamente, in quei canoni deontologici che trovano la loro ragion d'essere nel rapporto con gli altri Stati dell'Europa: il rispetto della deontologia degli altri ordini forensi, la cooperazione e le contestazioni tra avvocati di differenti Stati membri.

Questi ultimi canoni, a differenza di tutti gli altri, sono altresì lontani da qualsiasi attinenza o analogia con quelli romani di derivazione ciceroniana, posto che i *praecepta* di epoca classica erano destinati esclusivamente al Foro romano e non agli avvocati di altri paesi.

5. A conclusione di questo breve lavoro, e alla luce della comparazione, sopra tentata, dei canoni deontologici forensi del diritto romano dell'epoca classica con quelli odierni, credo non sia eccessivo sostenere che la maggior parte dei principi fondamentali dell'attuale deontologia forense affonda le sue radici nell'*ars rhetorica* greca e romana e, segnatamente, nell'esperienza

forense di Marco Tullio Cicerone. Nella cui ottica la *defensio* costituiva la preminente e assorbente funzione che l'oratore era chiamato a svolgere in giudizio nel ruolo professionale di *patronus*¹².

Insomma, non può non rilevarsi l'attualità dei principi deontologici romani e, più in generale, del diritto romano.

E ciò è vero anche tenuto conto delle differenze che indubbiamente sussistono tra il diritto romano e il diritto moderno, dovute in massima parte alla diversità delle epoche e dei procedimenti con cui si sono formati e, in definitiva, al fatto che appartengono a due mondi diversi.

È altresì evidente, ma senza dubbio giustificato da duemila anni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, il maggior numero e la migliore specificazione dei canoni deontologici forensi odierni rispetto ai corrispondenti romani. Si pensi, a mero titolo esemplificativo: al dovere dell'avvocato di avvertire per iscritto un proprio collega prima di promuovere un giudizio nei suoi confronti (art. 38, comma 1); al dovere del difensore di comunicare al proprio codifensore qualsiasi iniziativa processuale voglia intraprendere a tutela del comune assistito (art. 46, comma 6); al dovere dell'avvocato di comunicare al collega avversario l'interruzione di trattative stragiudiziali pendenti prima di esercitare un'azione giudiziaria (art. 46, comma 7).

Non bisogna sottovalutare, infine, le differenze tra i due sistemi deontologici dovute alla formazione di nuovi canoni introdotti a seguito delle tecnologie moderne, quale, ad esempio, quello per cui l'avvocato non deve registrare una conversazione telefonica avvenuta con un collega.

Roberto De Rosa

Bibliografia:

- Cerami-Di Chiara-Miceli, *Profili processualistici dell'esperienza giudica europea*, Torino, 2003, 287 ss.
- Alpa G., voce *Codici di comportamento b) Codice deontologico forense*, in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013.
- F. Arcaria, *Il dovere di verità. Contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, in *Teoria e storia del diritto privato*, XII, 2019
- M.T. Cicerone, *De officiis, Quel che è giusto fare*, a cura di G. Picone e R.R. Marchese, Torino, 2012.
- Consiglio Nazionale Forense, *Il codice deontologico in vigore dal 12 giugno 2018*, www.consiglionazionaleforense.it
- Consiglio Nazionale Forense, *Il Codice Deontologico degli Avvocati Europei*, www.consiglionazionaleforense.it

12. F. ARCARIA, *Il dovere di verità*, cit.

In confronto “Il processo” di Kafka era uno scherzo

Tra le varie immagini da incubo che popolano le notti dei lettori i quali, psicologicamente impreparati, si avventurino nella lettura dei *media* degli ultimi mesi, compare all'improvviso quella tracciata da una notizia surreale: il dr. Davigo sarà giudice nello stesso processo in cui è chiamato a testimoniare, perchè il Collegio del CSM che valuterà la situazione disciplinare del dr. Palamara ha ritenuto infondata la ricusazione proposta dal difensore di quest'ultimo.

Ammettiamolo, lo scenario è davvero -come suol dirsi- kafkiano e si presta a fornire materia a sogni angosciosi.

Ma proviamo a tradurre la situazione senza giuridichese.

Dunque, è accaduto che nelle settimane scorse il Palamara -accusato di gravi illeciti disciplinari-abbia presentato una lista di testimoni da spendere a sua discolpa, testimoni tra i quali brilla di luce propria la figura di Davigo, nientemeno che uno dei giudici componenti del Collegio che dovrà giudicare il caso.

Precisiamo: Palamara non chiama Davigo a testimoniare su fatti vaghi o puramente ipotetici, anzi. Dal momento che una delle accuse mosse al dr. Palamara e di aver istigato un altro P.M., tal Fava, a presentare un esposto contro l'ex procuratore Pignatone per cose di una certa gravità, il difensore di Palamara allega a suo discolpa che il denunciante p.m. Fava, lungi dall'essere stato istigato, aveva deciso quell'iniziativa *sua sponte*, dopo essersi confrontato giusto con Davigo in appositi incontri (conviviali, *of course*, in questa vicenda in cui tutto avviene all'interno di luoghi dai nomi evocativi: *Champagne, Bacchanale e omologhi*).

Insomma, è qui che nasce l'istanza di ricusazione: tra i testimoni indicati a discarico di Palamara c'è un uomo che destino vuole sia anche uno dei suoi giudici.

E non basta: l'accorto difensore del dr. Palamara non si è limitato ad inserire il Cons. Davigo nella lista dei testimoni, ma ha accompagnato l'istanza di ricusazione con la produzione delle dichiarazioni rese dal pluricitato Fava, per dimostrare che l'istanza di ricusazione non era basata su chiacchiere inventate da un assistito disperato, ma sulla deposizione di un magistrato della Procura della Repubblica.

Orbene, dalla lettura di queste dichiarazioni tutti capiamo bene che ciò su cui è chiamato a deporre il giudice/testimone Davigo non è robeta, visto che,

a quanto risulta, prima di proporre il suo esposto al CSM il dr. Fava avrebbe narrato proprio a Davigo tutti i fatti relativi a Pignatone, e Davigo, a sua volta, avrebbe giudicato la vicenda “di indubbia rilevanza” e meritevole di “*approfonditi accertamenti da parte del CSM*”, così sostanzialmente rassicurando Fava sulla fondatezza del suo esposto.

Per dirla altrimenti è piuttosto chiaro che -una volta accertato come il dr. Fava non fosse stato “istigato” da Palamara a depositare l’esposto, ma avesse deciso per conto proprio, addirittura previa acquisizione del parere di alto livello di un Davigo- l’accusa contro Palamara è destinata a cadere.

Siamo in presenza, dunque, non solo di una prova, ma di una vera e proprio “prova decisiva”, come recita il codice per sottolinearne il ruolo.

A questo punto, il comune cittadino che ha letto di questa vicenda nei giorni scorsi, ben comprende che il dr. Davigo non può, in alcun caso, essere giudice di questa regiudicanda; si (auto) escluderà come testimone? giurerà di dire la verità davanti a se stesso? al momento di decidere, valuterà se è stato sincero o no? Gli interrogativi retorici potrebbero continuare, ma ci fermiamo, perché qui la psiche davvero vacilla, fornendo materia ai succitati incubi, e torniamo al linguaggio dei legulei, che purtroppo s’impone, perché -a quanto pare-davanti a] CSM anche l’ovvio diventa leggenda. Apprendiamo, allora, dal provvedimento con cui il Collegio respinge l’istanza di ricusazione, che “*il combinato disposto degli artt. 52 e 51, n. 4, c.p.c. prevede testualmente l’obbligo di astensione - e la conseguente facoltà della parte di chiedere la ricusazione - con riguardo al giudice che abbia (già) depresso <nella causa> come testimone, ma non per colui che, ipoteticamente, possa esservi successivamente chiamato. Siffatta conclusione risulta peraltro suffragata dalla Suprema Corte che ha chiarito come l’obbligo di astensione sia posto esclusivamente a carico di colui che abbia, (già) reso testimonianza nella stessa causa che è chiamato a giudicare (Cass. Cass. civ., sez. un., 6 luglio 2005, n. 14214). Nel caso di specie, Il Cons. Davigo non ha reso testimonianza in alcun procedimento (penale o disciplinare) a carico del Dott. Palamara, nè, invero, la finalità in tal senso auspicata dalla difesa del ricorrente, mediante presentazione della lista testi, può ritenersi idonea o conclamare lo status di testimone in capo al Consigliere ricusato e quindi a fondare l’istanza in oggetto”.*

Ora, questo breve passaggio contiene un piccolo novero di errori in diritto.

Anzitutto il primo: Davigo non è affatto “ipoteticamente chiamato” a rendere testimonianza; e già stato, niente affatto ipoteticamente, inserito in una lista testi ufficialmente depositata, sicché ci chiediamo, da giuristi: cosa indica l’avverbio “ipoteticamente”? Una svista del redattore che non s’è accorto che

l'ipotesi è divenuta realtà con tanto di timbro di protocollo? O l'anticipazione di un futuro giudizio di irrilevanza, con cui ci si appresta a falciare la lista presentata dal difensore di Palamara? Come minimo trattasi di una frase disaccorta. Ma andiamo avanti.

A supporto della propria esegesi il Collegio del CSM richiama un precedente, fortificandosi niente meno che del *dictum* di una pronuncia a Sezioni Unite, ed effettivamente a consultare il massimario parrebbe che i nostri abbiano ragione; purtroppo, come ben sanno i giuristi esperti, l'Ufficio del massimario fa spesso mostra di curiosi fenomeni dove la massima partorita talvolta non possiede lo stesso DNA della sentenza genitrice; così è in questo caso, perché se si va a leggere il testo della decisione citata ci si avvede anzitutto che, lungi dall'emettere un principio di diritto, la Cassazione ha fatto sul punto un puro *obiter dictum*, privo di qualunque spiegazione ermeneutica e dunque di qualunque virtù interpretativa su casi analoghi; di più: la causa è stata decisa sulla scorta di tutt'altro altro principio, ovvero quello per cui la cagione di astensione/ricusazione, rappresentata dall'inserimento in lista testimoniale, si era verificata solo dopo la conclusione della causa in cui il ricusato era stato chiamato a giudicare (per la verifica, ecco la sentenza a Sezioni Unite *in parte qua*: l'inclusione nella lista dei testimoni "soprattutto si è verificata dopo la conclusione del procedimento disciplinare..., onde non poteva comunque essere conosciuta dall'avv. I. nel momento in cui ha partecipato alla delibera stessa»).

Ora, andiamo ai fatti e non ai supposti autorevoli precedenti; se il senso della ricusazione contemplata dall'art. 51, n. 4 c.p.p. (il giudice deve astenersi se ha deposto nella causa come testimone) fosse relativa (solo) ad un evento passato, saremmo in presenza di una fattispecie autofagica, destinata a non essere mai applicata, se non nel rarefatto caso in cui, a causa di un disaccorto cambio di giudice in corso di processo, taluno si ritrovasse a giudicare in una vicenda su cui ha deposto in precedenza quale testimone.

E allora, poiché le disposizioni di legge -da noto monito della Corte costituzionale- devono essere interpretate nel modo in cui hanno un senso e una funzione, piuttosto che in quello in cui non ne hanno alcuno, ricorriamo ironicamente ad un precedente molto più modesto, ma anche più savio di un casuale *obiter* delle Sezioni Unite, citando un povero Pretore che, negli ormai lontanissimi anni '80, così pronunciava: "poiché sussiste incompatibilità assoluta tra l'ufficio di giudice e quello di testimone, il giudice, che sia indicato da una delle parti come testimone di un fatto controverso, deve, ove la prova dedotta non appaia oggettivamente inammissibile o irrilevante, astenersi ai sensi dell'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c. (Pretura Saronno, 15-10-1984).

Il Pretore di Saronno ha applicato la legge, a differenza del Collegio del CSM chiamato a giudicare Palamara e ciò per un motivo molto semplice: le cause di astensione/ricusazione sono tassative, certo, ma questo non impone affatto che debbano essere interpretate solo *ad litteram*, perché -al pari perfino delle norme penali- esse sono suscettibili di interpretazione estensiva; il che significa che esse possono e devono godere di una esegesi (e qui citiamo, stavolta, un vero principio espresso dalla Cassazione) “*rivolta... a determinare la portata del precetto secondo il pensiero e la volontà del legislatore, anche al di là della dizione strettamente letterale, quando sia palese che lo stesso legislatore minus dixit quam voluit: infatti in questo caso, non vale invocare il divieto di applicazione analogica, poiché l’estensione non avviene per similitudine di rapporti o di ragioni, ma per la necessità logica di ricondurre alla previsione normativa ipotesi non completamente delineate e tuttavia configurabili in base alla stessa lettera della legge. In questi casi, infatti, l’interpretazione*

estensiva non amplia il contenuto effettivo della norma, ma impedisce che fattispecie ad essa soggette si sottraggano alla sua disciplina per un ingiustificato rispetto della lettera” (Cass., sez. II, Sentenza 29/03/2019 n°13795).

Insomma, per dirla in breve il Collegio del CSM non ha applicato le comuni regole ermeneutiche, ma ha scelto di interpretare l’art.51, comma 1, n.4 c.p.c. secondo una dizione strettamente letterale di fatto consentendo che una fattispecie ad esso soggetta (il giudice futuro testimone, *id est* Davigo) si sottragga alla sua sfera d’azione “per un *ingiustificato rispetto della lettera”*.

E per far valere la natura davvero profondamente ingiustificata di questo rispetto della *littera legis* è sufficiente riflettere su un paio di certezze, giuridiche, da un lato, banalmente fattuali, dall’altro.

Il Giudice, ricordiamolo (usando non per caso la G maiuscola), deve offrire garanzia d’imparzialità e terzietà, a mente di Costituzione e CEDU, e come può essere terzo e imparziale un giudicante che sia chiamato a narrare (imbarazzanti) fatti a discolpa dell’accusato? È per questo che esistono gli istituti dell’astensione e della ricusazione, si noti.

Siamo in presenza di un provvedimento abnorme, non vi è dubbio, che anzi brilla per singolarità e stranezza di contenuto, diremmo icasticamente avulso dall’ordinamento processuale.

Ricordiamo, poi, ancora: l’inserimento del dr. Davigo in lista testimoniale con la capitolazione di prova che emerge dalla lista, lungi dal fare di lui una “ipotesi di testimone”, ne struttura con certezza la natura di testimone/chiave, latore di una prova c.d. decisiva quanto meno per una delle accuse mosse al dr. Palamara.

E qui aggiungiamo: ma il Collegio del CSM ricorda che il Giudice (sempre quello con la G maiuscola) DEVE ammettere tutte le prove richieste, salvo che siano manifestamente irrilevanti o superflue? Ricorda il CSM che l'ammissibilità della prova (specie a discarico) è la regola e che l'inammissibilità dev'essere rigidamente motivata? Probabilmente no, non lo ricorda, altrimenti non avremmo letto che il dr. Davigo è un teste "ipotetico".

Ma per andare sui biechi fatti (quelli che fondano la materia degli incubi), ora che questa istanza di ricusazione, fondata sulla logica prima ancora che sulla legge, è stata rigettata, ci domandiamo - cittadini e giuristi- cosa accadrà? Assisteremo al fenomeno da circo per cui il dr. Davigo, come membro del Collegio valuterà l'ammissibilità della sua stessa testimonianza? O forse dovremmo supporre che userà le sue personali cognizioni per decidere la causa?

In questo caso dimenticherebbe qualcosa: le cognizioni personali del giudice non sono fatti notori, guarda caso per lo stesso pregnante motivo per cui vi è incompatibilità assoluta tra l'ufficio del giudice e quello del testimone (Cass. civ., Sez. II, 26-10-1972, n. 3280).

La giustizia è amministrata in nome del popolo italiano e non tollera *in-terna corporis*. La giustizia DEVE essere trasparente. Forse ogni tanto converrebbe rammentarlo.

Cristiana Valentini

Separazione delle carriere dei magistrati*

La discussione nella solennità dell'Aula di Montecitorio del disegno di legge costituzionale di iniziativa popolare per la separazione delle carriere dei magistrati ha mostrato come la idea di rendere distinte, nelle modalità di accesso e nella organizzazione degli Uffici, le attività dei due Ordini sia condivisa da tanta parte delle forze parlamentari. Solo alcuni hanno fatto sapere della loro pregiudiziale contrarietà, ma non hanno ritenuto di andare oltre la comunicazione di agenzia, scegliendo poi nell'Aula il silenzio. Esponenti dei diversi gruppi hanno avanzato dubbi e necessità di eventuali correttivi su questo o quell'aspetto della proposta di legge prospettando, ad esempio, diversi approcci al tema del temperamento del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Proprio la articolazione della discussione ha reso opportuna la decisione del ritorno in Commissione, dalla quale dovrebbe derivare una nuova sintesi, comunque idonea a salvaguardare il principio: il Giudice autonomo, terzo e indipendente è soggetto diverso, per struttura della sua organizzazione di giurisdizione, per regole di accesso e titolarità del potere disciplinare, dal legittimato a comporre l'Ufficio del Pubblico Ministero. Pure costruita sul Giudice, per preservarne l'autonomia e renderne effettiva la terzietà, la legge costituzionale che noi vorremmo salvaguarda l'indipendenza del Pubblico Ministero nella sua attività di direzione delle investigazioni e nelle determinazioni afferenti l'esercizio dell'azione penale. Due distinti concorsi e due Consigli Superiori della Magistratura sono le modalità tecniche per realizzare tale separazione.

Non sappiamo se il diretto impegno dei settantaquattromila cittadini che hanno sottoscritto la proposta di legge dell'Unione delle Camere Penali Italiane riuscirà a trovare in questa Legislatura una adeguata risposta sul piano delle modifiche ordinamentali, ma è certo che anche nel tempo nel quale i populistici mantengono rilevante rappresentanza politica - con il loro ossessivo messaggio che riduce la giustizia a vendetta sociale ed il carcere ad unica pena - è definitivamente consolidata la necessità di separare le carriere dei magistrati.

Ci saremmo aspettati che anche la Magistratura avrebbe espresso una nuova consapevolezza e disponibilità ad una cultura delle garanzie. Per tanti anni i gruppi dirigenti della Magistratura associata hanno dipinto la separazione delle carriere come un mostro a tre teste tra le quali scegliere, a seconda dell'occasione, la più pericolosa. A volte si trattava della volontà di sottomettere il Pubblico Ministero al potere esecutivo, altre dell'altrettanto insensata

idea per la quale gli Uffici di Procura si sarebbero popolati di superpoliziotti indisponibili al risultato investigativo favorevole alla difesa ed infine della perdita di una cultura comune ai soggetti di giurisdizione, del novero dei quali – beninteso – non fanno parte gli avvocati difensori, essendo tale cultura da condividersi solo tra chi accusa e chi giudica. Qualcuno, con un po' di pudore, sosteneva semplicemente che i tempi non erano maturi. Per verità, l'idea che la riforma abbia natura regressiva e che le sue motivazioni siano insensate è ancora sostenuta da qualche opinionista, divenuto tale a conclusione della propria carriera magistratuale e a cui è data tribuna nelle gazzette per lo più filogovernative. È un peccato che una parte della stampa nazionale non reputi opportuno offrire un adeguato spazio alle ragioni del sì.

A trent'anni dal Codice accusatorio la riforma ordinamentale ha ormai il sapore dell'Incompiuta e nessuno francamente può pensare di rinviarne la realizzazione a tempi migliori. La “comune cultura della giurisdizione” è la prova provata non dell'esigenza di preservare il Pubblico Ministero dai nefasti schemi di polizia giudiziaria ma della contaminazione che punta ad attrarre modalità di acquisizione della prova e regola di giudizio del Giudice in quelle della parte requirente. Il meccanismo di commistione è semplice quanto infernale: il P.M. ha a cuore le strategie investigative, la necessità di preservare il risultato della fonte di prova, la ricostruzione di una ipotesi processuale; tutti dati che dovrebbero essere estranei al Giudice, la cui logica è quella della verifica probatoria per il tramite delle regole del contraddittorio, che lo vogliono equidistante dalle parti, necessaria a decisioni di responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio. Le intercettazioni del Dottor Palamara – al netto dei temi procedurali di utilizzabilità e dei contesti e dei ruoli dei singoli magistrati coinvolti nella corsa a questa o a quella funzione o favore – hanno mostrato come il vero potere condizionante sia quello del Pubblico Ministero e della sua organizzazione. Da anni le Camere penali hanno evidenziato come le nomine dei capi degli Uffici giudiziari si fondassero nell'azione correntizia e nel rapporto con la politica. Questo non ha significato che agli incarichi apicali siano andati i peggiori, ma semplicemente che la modalità di selezione delle classi dirigenti, quantomeno per funzione, è appartenuta a logiche e schemi *praeter legem*.

Eppure ANM continua ad essere contraria alla separazione delle carriere. Intravede fantasmi di un passato che invece andrebbe riletto con disponibilità critica anche verso gli errori e le superfetazioni di ruoli. Noi non vogliamo togliere nulla alla rappresentanza, ma dobbiamo prendere atto che spesso tanti magistrati non condividono le posizioni del loro sindacato; esistono all'interno della Magistratura punti di riferimento culturali che esprimono nuove

elaborazioni identitarie, utili per la definizione del ruolo del magistrato e della sua funzione. Le rappresentazioni del fenomeno sono, ad esempio, da un lato, la posizione di ANM che qualche mese fa per l'appello proponeva il superamento del principio del divieto di *reformatio in peius*, dall'altro le Sezioni Unite che hanno costruito un nuovo percorso di inammissibilità nel giudizio di merito e dall'altro ancora, alla nostra inaugurazione dell'anno giudiziario a Brescia, magistrati di grande esperienza, adusi al contributo scientifico e con funzioni di organizzazione di grandi Corti di Appello che hanno rivendicato la centralità del secondo grado di merito come giudizio ineliminabile, l'organizzazione del quale non può prescindere dal sostanziale diritto per il condannato ad una seconda verifica di merito.

È questa la Magistratura, che plaude alle iniziative nostre e dell'Accademia per la salvaguardia della prescrizione come irrinunciabile istituto di civiltà giuridica, che si approccia in modo critico alle proposte di modifica dell'ordinamento giudiziario, che come noi chiede maggiore incisività dei controlli di garanzia sull'attività del Pubblico Ministero, che vuole il rafforzamento dei riti alternativi, che intende preservare una qualche purezza ai meccanismi del contraddittorio. Soprattutto con essa vogliamo discutere ed interloquire per costruire un nuovo spirito di riforma ed una cultura democratica del diritto penale liberale e delle garanzie che esso porta con sé.

Eriberto Rosso

* *Trascrizione, rivista e ampliata dall'Autore, Segretario dell'UCPI, dell'intervento alla tavola rotonda del 27 luglio 2020 "Separazione delle carriere dei magistrati: La prima riforma dell'ordinamento giudiziario è in parlamento".*

Finito di stampare nel mese di dicembre 2020
dalla Poligrafica Mancini S.r.l.
Via Tevere 24 - 66020 San Giovanni Teatino