

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE



II/2019

ANNO XXX - N. 2 - DICEMBRE 2019

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



PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

II/2019

PESCARA – DICEMBRE 2019

P.Q.M.
RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE
DI GIURISPRUDENZA E VITA FORENSE

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

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

Coordinatore della Redazione: FRANCO SABATINI
Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Hanno collaborato a questo numero:

MARCO ALESSANDRINI — GABRIELLA BOTTINI — PAOLO CATALANO — PIETRO CERCEO — DANIELA COCOCCIA — STEFANO CORSI — PIERLUIGI DE NARDIS — FEDERICA DI BENEDETTO — DORA DI LORETO — GUGLIELMO FLACCO — FABRIZIO FOGLIETTI — GIUSEPPE MALCANGI — VALENTINA MANCINI — GIACOMO NICOLUCCI — DANIELA OVADIA — FABRIZIO PASOTTI — MICHELE PEZONE — MARCO RIARIO SFORZA — ALESSIO RITUCCI — MARCELLO RUSSO — LUIGI SALCIARINI — GERARDO SALVATO — PIERO SANVITALE — MARIACARLA SERAFINI — GOFFREDO TATOZZI

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

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

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

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

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

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

Fotocomposizione e Stampa: Giocchino Onorati editore S.r.l. unipersonale

S O M M A R I O

MARCELLO RUSSO	Omaggio all'avv. Vitaliano Carusi	Pag. 7
Parte I - SAGGI		
GIACOMO NICOLUCCI	L'ordinamento giuridico dell'Ente Parco Nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise	Pag. 11
MICHELE PEZONE	Diritti umani e diritti degli animali. Una nuova prospettiva per lo <i>ius animalium</i>	Pag. 23
Parte II - GIURISPRUDENZA		
Appalto	Appalti pubblici – Elementi ostativi alla partecipazione alle gare – Obbligo di comunicazione alla stazione appaltante - Precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento – Valutazione discrezionale – Art. 57, par.4, lettere c) e g) della Direttiva 2014/24/UE e art. 80, comma 5, D. Lgs. 50/2016 – <i>Overruling in malam partem</i> – <i>Prospective overruling</i> – Affidamento della concorrente (TAR Abruzzo – Sez. Pescara, sent. 25/11/2019 n. 283, con nota di P. Cerceo)	Pag. 128
Armi	Armi – Porto in luogo pubblico di coltello – Qualificazione giuridica – Criteri – Particolare tenuità del fatto – Fatto di lieve entità ex art. 4 L. 110/1975 – Esclusione della causa di non punibilità - Possibilità (Trib. Pescara, sent. 15/4/2019)	Pag. 110
Arbitrato	Arbitrato irrituale – Nomina di un curatore speciale ex artt. 78, comma 2 e 80 c.p.c. – Reclamo al collegio – Inammissibile (Trib. Pescara, ord. 27/9/2018, con nota di D. Di Loreto)	Pag. 89
Atto Amministrativo	Accesso agli atti amministrativi – <i>email</i> richiamata nell'atto impugnato proveniente da <i>computer</i> privato – Diritto di accesso – Sussiste <i>Email</i> rimaste nella disponibilità del privato che concorso alla formazione dell'atto amministrativo – Obbligo della P.A. di acquisirle - <i>Sussiste</i> (TAR Abruzzo – Sez. Pescara, sent. 22/7/2019 n. 193, con nota di P. De Nardis)	Pag. 113

4 Sommario

Avvocato	Regione Abruzzo – Costituzione dell’Avvocatura Regionale con L.R. 14/2/200 n. 9 – Abrogazione della L.R. 9/1/1973 n.3 – Introduzione di una forma di patrocinio “alternativo” incompatibile con il patrocinio istituzionale dell’Avvocatura dello Stato – Conseguenze di natura processuale – Inapplicabilità del c.d. Foro di Stato (<i>Trib. Pescara, ord. 4/6/2019, con nota di F. Foglietti, “Esiste ancora il patrocinio istituzionale dell’Avvocatura dello Stato nei confronti della Regione Abruzzo?”</i>)	Pag. 62
Consorzio Industriale	Consorzi per lo sviluppo industriale – Contributi per oneri di infrastrutturazione – Relativa funzione – Natura non tributaria – Successivo trasferimento del lotto – Mero subentro nell’esercizio della medesima attività – Non debenza dei contributi (<i>TAR. Abruzzo - Sez. Pescara, sent. 6/9/2019 n. 208, con nota di S. Corsi</i>)	Pag. 124
Elezioni	Contenzioso elettorale – Questione di legittimità costituzionale art. 17/V della L. Regione Abruzzo n. 9 del 2013 – Manifesta infondatezza (<i>TAR. Abruzzo – Sez. L’Aquila, sent. 16/5/2019 n. 259, con nota di M. Alessandrini</i>)	Pag. 116
Fallimento	Fallimento – Associazione – Modalità e natura dell’attività svolta – Valutazione da parte del Giudice delegato – Prevalenza dell’attività commerciale sul fine istituzionale – Fallimento – Sussiste (<i>Trib. Chieti, sent. 17/7/2019 n. 36, con nota di G. Flacco</i>)	Pag. 37
	Fallimento – Domanda di ammissione al passivo – Transazioni commerciali – Credito non accertato con provvedimento giudiziario definitivo – Interessi moratori ex D. Lgs. 231/2002 – Maturazione automatica – Periodo antecedente all’accertamento dell’insolvenza – Riconoscimento - Consentito (<i>Trib. Pescara, decr. 12/9/2019 con nota di A. Ritucci “In ordine all’applicabilità del Decreto Legislativo n. 231/2002 alle procedure concorsuali”</i>)	Pag. 74
Famiglia	Fondo Patrimoniale – Valutazione sussistenza della famiglia – Verifica della sussistenza dello sviluppo della famiglia – Necessità di verifica caso per caso – Automatismi - Esclusione (<i>Corte di Appello di L’Aquila, sent. 24/6/2019 n. 1115, con nota di M. Riario Sforza “Spunti di riflessione sul fondo patrimoniale”</i>)	Pag. 31

	Famiglia – Convivenza more uxorio – Cessazione – Provvedimenti relativi alla prole – Prescrizione di percorso psicoterapeutico – Ammissibilità (<i>Trib. Vasto, ord. 25/9/2019, con nota di M. Serafini</i>)	Pag. 78
Lavoro	Lavoro subordinato – Riposi e ferie – Mancata fruizione – Forzata collocazione in ferie del lavoratore per periodo prolungato – Limiti – Diritto del lavoratore a rendere la propria prestazione ex art. 2103 c.c. – Danno alla professionalità – Sussistenza (<i>Trib. Pescara, ord. 10/4/2019, con nota di P. Catalano</i>)	Pag. 92
Lesione Personale	Lesioni personali colpose stradali lievissime (art. 590, comma 5, c.p.) – Danno Morale – Insussistenza – Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie (<i>Trib. Pescara sent. 17/4/2019</i>)	Pag. 107
Reati Tributari	Omesso versamento di IVA (art. 10 ter D.L.gs. n. 74/2000) – Dolo (esclusione) – Bilanciamento di interessi (<i>App. L'Aquila sent. 11/5/2018</i>)	Pag. 99
	Omesso versamento di IVA art. 10 ter D. L.gs. n. 74/2000) – Dolo – Bilanciamento di interessi (esclusione) – Rateizzazione del debito tributario e sequestro preventivo (<i>Trib. Chieti, ord. 11/4/2019</i>)	Pag. 101
	Reati tributari – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente – Preventiva escussione del patrimonio della società (Trib. Chieti, ord. 19/9/2019)	Pag. 106
Redditi (imposte)	IRPEF – Imponibilità delle pensioni e remunerazioni analoghe esclusiva mento nello Stato di residenza – Art. 18 Convenzione Italia/Portogallo – Irrilevanza dell'esenzione da tassazione prevista in Portogallo (<i>Comm. Trib. Prov. Pescara, sent. 30/9/2019 n.436, con nota di P. Sanvitale "La tassazione delle pensioni di cittadini italiani residenti all'estero con particolare riferimento allo Stato di Portogallo"</i>)	Pag. 135
Responsabilità civile	Omessa tempestiva diagnosi – Perdita di chance – Ammissibilità – Omessa tempestiva diagnosi – Accelerazione dell'evento morte – Perdita di chance per il paziente di vivere per un periodo di tempo più lungo – Risarcibilità – Ammissibilità – Criterio equitativo puro (<i>Trib. Pescara, sent. 1710/2018 n. 1531 con nota di M. Riario Sforza "Alcune considerazioni del problematico rapporto tra omessa diagnosi e danno da perdita di chance"</i>)	Pag. 42

6 Sommario

Revocatoria (azione)	Azione di simulazione – Azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. – Anteriorità del credito – Prova della <i>scientia damni</i> (Trib. Chieti, sent. 27/6/2019 n. 466, con nota di G. Malcangi)	Pag. 68
Separazione e Divorzio	Sentenza separazione – Condanna rimborso spese straordinarie per figli – Ricorso per ingiunzione – Inammissibilità (Trib. Pescara, decr. n. 27/5/2019, con nota di F. Di Benedetto)	Pag. 83
Violenza, Minaccia e Resistenza a Pubblico Ufficiale	Violenza o minaccia a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.) – Minaccia (art. 612 c.p.) – Oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 bis c.p.) – Esclusione (Trib. Chieti, sent. 28/1/2019)	Pag. 108

Parte III – INTERVENTI e RASSEGNE

GOFFREDO TATOZZI	Il processo senza fine	Pag. 143
VALENTINA MANCINI	Brevi note su affidamento “illegittimo” e riparto di giurisdizione	Pag. 145
DANIELA COCOCCIA	I finanziamenti alle imprese in crisi nel nuovo codice dell’insolvenza	Pag. 153

Parte IV – VITA FORENSE

GABRIELLA BOTTINI DANIELA OVADIA GERARDO SALVATO FABRIZIO PASOTTI	Umani Macchine e Regole (resoconto Convegno Ortona 7 ottobre 2019)	Pag. 169
DORA DI LORETO	La pena: spiazione e riscatto (resoconto Convegno Sulmona 9 ottobre 2019)	Pag. 173
LUIGI SALCIARINI	La giustizia dei robot - Intelligenza artificiale, Autonomia privata e processo - L’io digitale e l’esperienza della legge (resoconto Convegno Pescara 25 ottobre 2019)	Pag. 175

In copertina:
Vitaliano Carusi



*Omaggio all'avv. Vitaliano Carusi **

“Vitaliano Carusi non è più con noi; quando a settembre l'attività giudiziaria riprenderà il suo corso, le aule sembreranno più vuote: mancherà in esse quella nota di vivacità, d'impegno, di prestigio che con la sua presenza conferiva Vitaliano Carusi. I colleghi dell'Ordine degli Avvocati hanno voluto consentire a me di porgere l'estremo saluto della classe forense di Chieti a te, Vitaliano Carusi, per quei rapporti di particolare affetto che ci hanno legato perché tu non sei stato per me un collega, non sei stato, un maestro, non sei stato un padre, non sei stato un fratello: sei stato, nello stesso momento, collega, amico, padre, fratello e dolcissimo amico, assieme al quale il lavoro era un piacevole impegno e la conversazione era il frutto di continue e rinnovate intuizioni. Non è facile rendere in un breve saluto il senso di vuoto che Vitaliano Carusi lascia tra noi: ci vorrebbero, appunto, le sue parole, la sua capacità di sintesi, la sua

eloquenza.

È normale che la scomparsa di un uomo, di un cittadino, di un professionista lasci un vuoto nel proprio ambiente, ma tu, don Vitaliano, lasci un vuoto singolare, come singolare era la tua personalità di uomo e di avvocato. Tu avevi istituito un rapporto tutto particolare con i colleghi, con i tuoi allievi, con i clienti, con tutti i concittadini, con la tua città. Nei rapporti con i colleghi non ti è mai affiorato il pensiero della concorrenza; era pervaso da un sentimento di solidarietà e affetto che travalicava e sommergeva ogni altra dimensione. Ciascuno di noi, nei momenti di difficoltà, sapeva di essere un sostegno entusiastico disinteressato e generoso in Vitaliano Carusi. L'intera categoria aveva un rappresentante che ne tutelava e ne garantiva l'autonomia e il prestigio.

Il rapporto con i discepoli non fu quello dell'insegnamento di un maestro: fu un rapporto di immedesimazione, uno sforzo di conferire uno stile, un habitus mentale, un costume processuale: fu una continua conferma di vedute e di esperienza attraverso le quali i giovani professionisti avevano una visione più ampia delle vicende umane.

La nota economica era assente in lui: spesso ci confidava che gli riusciva più agevole difendere un cliente che non poteva pagare di quanto non gli riuscisse di fare se ben pagato, e noi potevamo comprendere quanto tutto ciò fosse vero perché sapevamo che in lui il rapporto professionale era un rapporto di immedesimazione, di interpretazione in chiave propria del caso umano, di riequilibrio, di moralizzazione della vicenda processuale. Vitaliano Carusi non interpretava i distaccati atti di un processo, ma riviveva e faceva chiave nuova e più autentica. Vitaliano Carusi non commentava a distanza i personaggi del dramma processuale: nelle sue mani di psicologo, di umanista, di interprete, la personalità umana veniva scomposta, analizzata, demistificata, privata degli orpelli di conformismo e restituita alla realtà nella sua vera essenza. In questo modo si acuiavano in chi ascoltava gli squarci di una diversa e più profonda realtà, più vera e più umana.

Il rapporto con i cittadini è stato singolare perché Vitaliano Carusi ha saputo trovare con tutti i ceti, con tutte e classi sociali un vincolo umano che non conosceva barriere di alcun genere. Era l'avvocato dei poveri, dei diseredati, degli zingari di coloro che si erano posti ai margini della società come era l'avvocato della classe dirigente che riconosceva in lui un interprete a volte insostituibile.

Il rapporto con Chieti, con la sua città, era di un grande amore, ma non era di un municipalismo eccessivo; ne vedeva con chiarezza le difficoltà connesse con la posizione geografica nel nuovo sviluppo territoriale, ma da uomo di cultura non cercava di indicare la funzione, il ruolo nuovo che Chieti poteva svolgere in questo contesto. Oggi che le cose si fanno sempre più chiare e precise al riguardo, mi tornano alla mente le parole che Vitaliano Carusi mi diceva già vent'anni fa al riguardo quando invitava me come altri giovani a non far fagotto attirati nel gorgo di altre e più dinamiche città ed a restare e sviluppare maggiormente il nostro lavoro.

E a Chieti ha voluto tornare immediatamente ogni qual volta il cuore minacciava di arrestarsi. Lo ricordava il collega Dell'Orso, parlando di un episodio avvenuto tempo fa a Roma. Lo ricordavamo ieri, parlando dei suoi ultimi momenti. Il suo pensiero è stato quello di tornare a morire nella sua città. Questo è stato Vitaliano Carusi, straordinaria somma e sintesi vivace di caratteristiche apparentemente inconciliabili; un uomo che si

L'ordinamento giuridico dell'Ente Parco nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise

Sommario: 1. L'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise. — 2. L'intervento della legge quadro sulle aree protette. — 3. L'attuale ordinamento giuridico dell'Ente Parco. — 4. La disciplina sanzionatoria. — 5. Considerazioni di sintesi.

1. L'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise

Non è un anno, come sembrerebbe, ma solo un mese di tempo separa la nascita, per atto normativo, del Parco Nazionale d'Abruzzo da quella del Gran Paradiso¹. Eppure, c'è poco che accomuna il r.d.l. 3 dicembre 1922, n. 1584, recante la *Costituzione di un "Parco nazionale" presso il gruppo del "Gran Paradiso" nelle Alpi Graie*, con il r.d.l. 11 gennaio 1923 n. 257, sulla *Costituzione del parco nazionale di Abruzzo*².

La disamina del r.d.l. 11 gennaio 1923³ ha, al giorno d'oggi, ancora senso, anche per opera della parziale reviviscenza determinata in forza del d.lgs. 1° dicembre 2009 n. 179⁴, ma soprattutto al fine di avere una visione completa dell'«idea» di parco risalente al legislatore del 1923, da confrontare con il sistema della legge quadro e con la sua perdurante inattuazione.

Emblematica, sul punto, la sequenza per la costituzione del Parco d'Abruzzo. Scorrendo ordinatamente le disposizioni del r.d.l. 257/1923, all'art. 1 si legge: «allo scopo di *tutelare e migliorare la fauna e la flora* e di conservare le speciali formazioni geologiche, nonché la *bellezza del paesaggio* e di *promuovere lo sviluppo del turismo e dell'industria alberghiera*, il territorio compreso entro i confini indicati nella carta topografica, annessa al presente decreto, è *dichiarato* parco nazionale dell'Abruzzo, Lazio e Molise». L'art. 2 poneva una possibilità semplificata di espansione del territorio⁵ ed una peculiare competenza in materia di caccia: «*la commissione di cui all'art. 11 ha facoltà di estendere ai terreni limitrofi del parco particolari divieti di caccia*».

La commistione della gestione venatoria con la tutela della natura⁶ era rappresentata dall'art. 3 che, di fatto, costituiva il parco in «riserva di caccia» (e di pesca)⁷.

L'art. 4 enucleava le prime forme di divieto funzionale dell'area protetta, nonché la gestione «autorizzativa» e regolamentare dell'Ente parco⁸.

¹ Entrambi i parchi, diversamente da altre realtà europee e nordamericane, tuttavia, condividono una genesi venatoria. Nel 1856 veniva costituita la Riserva Reale di Caccia del Gran Paradiso, estesa per un territorio ben più ampio rispetto all'attuale parco nazionale. Mentre, il 21 giugno 1872 i fratelli Carmelo e Francesco Saverio Sipari offrirono al re d'Italia, Vittorio Emanuele II, i diritti di caccia «alta» su tre montagne di loro proprietà nel comune e nel tenimento di Villavallielonga. L'offerta, che venne accettata dal sovrano, ² Valga, fra tutte, l'amministrazione, affidata non ad un «ente autonomo», ma all'Azienda del demanio forestale di Stato, in persona dell'«ispettore forestale del distretto, in cui il parco è situato» (così l'art. 7 d.l. 1584/22 cit.).

³ Convertito solo sette mesi dopo per mezzo della l. 12 luglio 1923 n. 1511. Si ricordi che lo Statuto albertino non disciplinava la potestà legislativa del governo (consiglio dei ministri), che poteva legiferare spettando poi al Re la promulgazione. Solo con la legge 31 gennaio 1926, n. 100, «*Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*», è stato previsto (art. 3) che con decreto regio, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, si poteva in casi straordinari e nei quali ragioni di urgente ed assoluta necessità lo esigevano, emanare decreti aventi valore di legge a condizione che lo stesso decreto fosse presentato ad una delle due camere, per la conversione, entro la terza seduta dopo la pubblicazione. Il decreto-legge che entro due anni dalla sua pubblicazione non fosse stato convertito in legge, non era più in vigore dal giorno della scadenza di tale termine.

⁴ Limitatamente agli artt. 1, 2, 4.

⁵ «Con nostro decreto, su proposta del ministro delle politiche agricole e forestali, il perimetro del parco potrà essere esteso ai terreni limitrofi, la cui aggregazione risulti necessaria al raggiungimento dei fini indicati nell'articolo precedente».

⁶ Cfr. G. NICOLUCCI, *Il valore sconosciuto del wildlife management*, in C. A. GRAZIANI (a cura di), *Le aree protette e la sfida della biodiversità*, Atti del XV convegno annuale del Club Giuristi dell'ambiente, Canterano 2018, 321 ss.

⁷ «Il territorio del parco nazionale dell'Abruzzo è costituito in riserva di caccia, pesca, protezione delle bellezze e manifestazioni naturali ad ogni effetto di legge e per tutta la superficie contenuta nel perimetro della carta topografica, annessa al presente decreto, senza bisogno di veruna segnalazione di tali divieti. [...] Il territorio del parco, costituito in riserva di caccia, è esente dalla tassa imposta con l'allegato E del decreto luogotenenziale 9 giugno 1918, n. 857, e di qualunque altra tassa fosse in seguito stabilita per le terre riservate. È pure esonerato dal pagamento del canone di concessione di pesca, previsto dal decreto luogotenenziale 29 aprile 1917, n. 698».

Il confronto con gli attuali divieti "totalizzanti"⁹ di cui all'art. 11 comma 3 l. 394/1991 appare perdente nella valenza simbolica (*rectius*, "etica") delle prescrizioni, ma vincente in ordine al pragmatismo e, in particolare, all'essenzialità nella gestione concreta delle principali fonti di potenziale conflitto che gli enti parco sono chiamati giornalmente a dirimere.

L'art. 5 disciplinava le concessioni di caccia e pesca a pagamento¹⁰.

L'art. 6, anticipando di quasi settant'anni l'art. 15 comma 2 della legge quadro, poneva le basi per l'indennizzabilità dei vincoli alle attività silvo-pastorali nel Parco¹¹.

L'art. 7 introduceva uno schematico profilo sanzionatorio: si trattava unicamente di sanzioni penali¹² (di «contravvenzioni» per la precisione) ancorché recanti la sola pena pecuniaria e «conciliabili» ai sensi del successivo art. 8¹³. Il catalogo delle infrazioni era ovviamente speculare rispetto all'elenco dei divieti di cui all'art. 4, ma sembra(va) esaurire comunque la totalità delle fattispecie in grado di suscitare una adeguata risposta punitiva rispetto alle condotte avverse alle istanze di tutela dell'area protetta. E ciò anche per il ricorso a locuzioni particolarmente generiche (es.: *"manomissione ed alterazione delle bellezze naturali e delle formazioni geologiche e paleontologiche"*) per le quali si potrebbe sostenere la patologica esistenza di un deficit di tassatività¹⁴.

Si badi, come nota di colore, che una particolare forma di premialità era stabilita per gli agenti preposti alla sorveglianza, cui veniva attribuita la quarta parte delle pene pecuniarie riscosse¹⁵.

L'art. 11 riferiva, quindi, dell'istituzione dell'*Ente autonomo del parco nazionale d'Abruzzo*¹⁶. La stessa norma disegnava la *Commissione di amministrazione*¹⁷, la cui composizione, anche per la presenza di rappresentanze

⁹ E così, nel territorio del parco nazionale sono (a tutt'oggi, per effetto del citato d.lgs. 179/2009) sono vietati:

a) la manomissione e l'alterazione delle bellezze naturali e delle formazioni geologiche e paleontologiche da determinarsi con il regolamento, per le quali non sia applicabile la legge 11 giugno 1922, n. 778; b) la raccolta delle specie vegetali non espressamente autorizzata nei modi che saranno stabiliti dal regolamento; c) l'esecuzione dei tagli boschivi non autorizzati come sopra; d) l'esercizio del pascolo, non autorizzato come sopra; e) la caccia e la pesca, salvo particolari concessioni da rilasciarsi dalla commissione dell'ente di cui all'art. 11 del presente decreto con le norme ed i limiti da determinarsi nel regolamento; f) l'accesso in particolari zone atte al ripopolamento di selvaggina, secondo le disposizioni che emanerà la commissione di cui all'art. 11; g) la fotografia di panorami, monumenti, costumi, animali, ecc. per farne cartoline illustrate o clichés di pubblicazioni, senza l'autorizzazione della commissione di cui all'art. 11. cit.

¹⁰ Cfr. G. DI PLINIO – G. NICOLUCCI, *I poteri sanzionatori dell'Ente Parco*, in *Federalismi.it*, n. 23/2018, 13.

¹¹ Negli anni, questa disposizione troverà modesta applicazione, quanto alla caccia, con un approccio tendente all'imitazione grottesca e dozzinale, da parte delle "autorità" (sovente del partito fascista), dei più lussuosi fasti venatori all'epoca in voga nelle *elites* dell'alta società del resto del mondo.

¹² «Per i divieti previsti dalle lettere c) e d) del precedente art. 4, ai proprietari di terreni verrà corrisposto un adeguato compenso, da determinarsi di accordo con la commissione dell'ente e, in mancanza, da una commissione di arbitri nominati: uno dall'ente, l'altro dal proprietario ed il terzo dal pretore del luogo. Gli arbitri decideranno in qualità di amichevoli compositori».

¹³ Allora disciplinate dal c.d. "Codice Zanardelli", approvato con r.d. 30 giugno 1889, n. 6133, poi sostituito nel 1930 dal "Codice Rocco".

¹⁴ «Le contravvenzioni al presente decreto potranno essere conciliate presso l'ufficio di direzione del parco, entro quindici giorni dalla notifica del verbale al contravventore.

Per la conciliazione il contravventore dovrà pagare, in ogni caso, non meno della metà del massimo della pena comminata per l'infrazione commessa.

Nel caso di contravvenzione per caccia abusiva la conciliazione non esime dalla confisca degli animali uccisi, dei cani, delle armi e degli strumenti, a meno che il contravventore non ne paghi il prezzo equivalente».

¹⁵ Sul principio di tassatività della norma penale, cfr. per tutte Corte cost. 8 giugno 1981 n. 96. Purtroppo, la stessa osservazione può essere ancora oggi condotta al combinato disposto di cui all'art. 30 comma 1 secondo periodo l. 394/91, in relazione all'art. 11 comma 3 della medesima legge quadro: «sono vietate le attività e le opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati con particolare riguardo alla flora e alla fauna protette e ai rispettivi habitat».

¹⁶ «Gli agenti scopritori di contravvenzioni a taluni dei divieti previsti negli articoli precedenti, confermate da sentenza di condanna o per le quali sia intervenuta conciliazione od oblazione, percepiranno un quarto delle pene pecuniarie o delle somme versate. In taluni casi di particolare importanza, si potrà loro attribuire anche un premio speciale». In questo caso erano più fortunate le "guardie forestali" del Parco del Gran Paradiso che potevano percepire la metà dell'ammontare delle multe comminate e la metà del ricavato della vendita delle cose sequestrate (art. 15 r.d.l. 1584/1922).

¹⁷ Il d.lgs. 1° dicembre 2009 n. 179, paradossalmente, non salverà questa disposizione, la cui sopravvivenza è assicurata soltanto dalla l. 21 ottobre 1951 n. 991, che ricostituì l'Ente autonomo dopo la soppressione attuata nel 1933.

La commissione sarebbe così stata costituita: «da un zoologo, un botanico, un geologo e da un funzionario tecnico dell'amministrazione forestale, designato dal ministro delle politiche agricole e forestali; b) da un rappresentante del ministero delle politiche agricole e forestali; c) da un rappresentante del ministero della difesa; d) da un rappresentante del ministero per i beni e le attività culturali; e) da un ingegnere del genio civile, designato dal ministero dei lavori pubblici; f) dal presidente del consorzio della condotta forestale Marsicana; g) da un rappresentante di ciascuna delle amministrazioni provinciali di Aquila e di Caserta; h) da un rappresentante dell'ente nazionale per l'incremento delle industrie turistiche; i) da due rappresentanti dei comuni il cui territorio sia compreso, anche parzialmente, nel perimetro del parco, scelti dal ministro delle politiche agricole e forestali fra i designati dai suddetti

istituzionali ben distanti rispetto alle competenze esclusive in tema di conservazione della natura, descriveva esattamente il quadro dell'uso economico del territorio protetto, nonché la soggezione alla programmazione paesistica¹⁸, i cui rigurgiti legislativi e dottrinari non sono tuttora sopiti¹⁹. Alla Commissione in parola era attribuito un ampio e generico potere di amministrazione, i cui limiti potevano dirsi rappresentati unicamente dalla teleologia normativa: «la commissione fissa le norme per la migliore conservazione e per l'ordinamento del parco; ha facoltà di imporre il pagamento di speciali diritti di entrata, di campeggio, di rifugio, di esercizio d'alberghi e simili; compila il bilancio preventivo e provvede a quant'altro è necessario per l'applicazione del presente decreto»²⁰.

La formulazione della norma ricorda esattamente il limite interno alla discrezionalità amministrativa che, seppur non diversamente vergato nel corpo della legge, è inerente alla natura intrinseca del potere esercitato. Anzi, è la «causa» stessa del potere esercitato a sancirne il confine. Per cui, se la Commissione avesse impiegato le facoltà regolamentari e provvedimenti del citato art. art. 14 r.d.l. 257/1923 per perseguire finalità diverse dalla migliore conservazione del parco e per la costruzione del suo ordinamento e, comunque, per l'applicazione del medesimo «decreto», gli atti relativi sarebbero stati ineluttabilmente illegittimi perché viziati da *detournement de pouvoir*²¹.

La disciplina della Direzione del Parco e dei Servizi forestali (art. 15²²) recava una scissione di competenze riflettente il sistema peculiare della gestione delle foreste come «risorsa»²³. Scontate le fonti di finanziamento del Parco²⁴.

Altra anticipazione dell'art. 15 l. 394/1991 (ed in particolare di un embrionale *Vertragsnaturschutz*²⁵) era contenuta nell'art. 17: «l'ente autonomo del parco nazionale d'Abruzzo è autorizzato ad acquistare o ancora, in caso di mancato accordo, ad espropriare o ad assumere in temporanea gestione²⁶ i terreni compresi nel perimetro del parco, in quanto ciò si ritenga necessario ai fini dell'ente».

comuni, in numero di uno per ciascuno; f) da un rappresentante del Touring club; un rappresentante del Club Alpino Italiano ed un rappresentante della federazione Pro montibus».

¹⁸ Di cui già alla L. 11 giugno 1922, n. 778 «Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico» e di poi alla più completa opera del ministro Bottai, sfociata nella l. 1° giugno 1939, n. 1089 e nella l. 29 giugno 1939, n. 1497 sulla «Protezione delle bellezze naturali».

¹⁹ Ci si riferisce all'art. 145 l. 22 gennaio 2004 n. 42, e, fra altri, alle posizioni espresse di recente da DE LUCIA, *Piani paesaggistici e piani per i parchi*, nonché SARGOLINI, *Piani per i Parchi vs. piani per il paesaggio?*, rispettivamente in AA.VV., *Le aree protette e la sfida della biodiversità*, Atti del XV convegno annuale del Club Giuristi dell'ambiente, cit., 137 ss e 149 ss. ss. Appare, piuttosto, meglio sostenere ancora che «le aree protette hanno una disciplina autosufficiente: tentare di estendere l'applicazione della tutela paesistica ai parchi significa diminuirne seccamente la protezione, smembrarne la compatta unitarietà, degradare l'interesse naturalistico dalla posizione di esclusività e supremazia al rango di mera aspirazione, da contrattare davanti a un tavolo in cui tornano a essere vivaci e pervasivi gli interessi economici e settoriali» (così DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino 1994, 155).

²⁰ Art. 14 r.d.l. 257/1923 cit.

²¹ Conforta, sul punto, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1977, 112: «il parco naturale [...] è giuridicamente istituito [...] per la conservazione della natura ... i parchi naturali sono in gran parte fuori dall'attenzione del diritto pubblico dell'economia; lo interessano solo perché nel loro ambito la proprietà privata dei suoi è anch'essa funzionalizzata, e perché non si ammettono diritti d'impresa se non con il consenso e sotto la direzione delle autorità del parco».

²² «La direzione del parco sarà affidata a persone da nominarsi dalla commissione. Ai servizi forestali sarà preposto un tecnico forestale, nominato dalla commissione, tra coloro che posseggono i requisiti di cui all'art. 159 del regio decreto 30 dicembre 1923, n. 3267. Il direttore del parco e il tecnico forestale corrispondono con la commissione e col comitato. Essi intervengono, con voto consultivo, alle adunanze, ogni qualvolta sia ritenuto necessario dai rispettivi presidenti».

²³ Patrimonio indisponibile dello stato, impropriamente «demanio forestale» ai sensi del r.d.l. 30 dicembre 1923 n. 3267, dapprima curato dall'Azienda statale per le foreste demaniali, poi passato alle regioni per effetto dell'art. 11 l. 16 maggio 1970 n. 281. In proposito, per la pregressa disciplina, si rinvia ad A. ABRAMI, *Foreste e boschi*, in *Nss. Dig. it. App.*, III, 847; ID, *La disciplina normativa dei terreni forestali*, Milano 1988; A. CROSETTI, *Boschi e foreste*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V. Si veda oggi il d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, che ha introdotto il concetto di «patrimonio forestale nazionale» quale «parte del capitale naturale nazionale e come bene di rilevante interesse pubblico da tutelare e valorizzare per la stabilità e il benessere delle generazioni presenti e future».

²⁴ «Alle spese occorrenti per il parco nazionale d'Abruzzo sarà provveduto: a) con la somma da iscriversi a partire dal corrente esercizio finanziario, nello stato di previsione della spesa del ministero dell'economia nazionale, di lire 200.000, la quale sarà versata al presidente dell'ente al principio di ogni esercizio finanziario; b) cogli introiti dei permessi e delle concessioni che siano rilasciati; c) coi proventi dei diritti di entrata, di campeggio, di rifugio, di esercizio di alberghi e simili; d) coi proventi delle pene pecuniarie, delle confische, delle conciliazioni e delle oblazioni di cui agli art. 7 e 8 detratte la parte spettante agli agenti scopritori; e) con ogni altro contributo, dato a qualsiasi titolo, da enti, associazioni o privati».

²⁵ Per un agevole approccio, v. P. TORKLER, *Gibt es Alternativen zum Vertragsnaturschutz?*, in *Natur. Raum. Management, Ausgabe* 04/2011, n. 10, 5 ss.

²⁶ Per questa ipotesi l'art. 15 l. 394/1991 richiama unicamente l'istituto della locazione. Inutile aggiungere che l'assunzione in «temporanea gestione» è in grado di racchiudere anche ipotesi di negozi o meri fatti giuridici diversi dalla mera locazione.

L'art. 16 fondava il *Servizio di sorveglianza*: «la sorveglianza del parco è affidata agli agenti della forza pubblica, alla guardia di finanza, agli agenti forestali, alle guardie comunali ed alle *guardie giurate private, che potranno essere reclutate ai termini del nostro decreto 4 giugno 1914, n. 563*²⁷.

L'art. 13 rinviava ad un regolamento la determinazione delle «norme relative alla assunzione e al trattamento economico del personale necessario all'amministrazione, alla sorveglianza e custodia del parco»; e questo è non tardato ad arrivare, per mano del r.d. 27 settembre 1923 n. 2124, recante il «*Regolamento per l'esecuzione della legge sulla costituzione del Parco nazionale d'Abruzzo*». La successione legislativa che si è poi verificata²⁸, oltre all'abrogazione espressa tardivamente recata dall'art. 24 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, impedisce oggi di attribuire ulteriore rilevanza giuridica al regolamento in parola²⁹. Vi si rinvencono, in ogni caso, delle indicazioni gestionali che appaiono utili da ripercorrere, soprattutto se lette, oggi, sullo sfondo della legge quadro. Fra queste:

- 1) la possibilità per la "Commissione" di dichiarare di notevole interesse a causa della loro bellezza naturale e dei loro speciali caratteri geologici e paleontologici delle "cose", con conseguente dichiarazione notificata ai proprietari e/o possessori³⁰;
- 2) la possibilità per la "Commissione" di concedere «premi per miglioramenti ai fini della bellezza del paesaggio e della panoramica»³¹;
- 3) l'obbligo di richiedere un'autorizzazione, previa presentazione di apposito progetto, al Comitato esecutivo qualora comuni, enti pubblici o privati «intendano eseguire costruzioni, ricostruzioni di qualsiasi genere ovvero aperture di nuove cave nel territorio del parco pel quale sia stata fatta la notificazione» (di notevole interesse)³²;
- 4) la possibile limitazione o divieto di raccolta di specie vegetali, anche solo per località;
- 5) la necessaria autorizzazione per la raccolta di piante medicinali ed aromatiche;
- 6) l'obbligo dell'autorizzazione per ogni ipotesi di taglio di bosco;
- 7) la possibile imposizione di limitazioni e divieti all'esercizio del pascolo;
- 8) l'obbligo, per pastori e guardiani di armenti, di sorvegliare i cani affinché «non danneggino la selvaggina»;
- 9) la possibilità di autodifesa, di pastori e guardiani di armenti da animali rapaci, nocivi o pericolosi³³;
- 10) il possibile indennizzo dei danni provocati dalla fauna selvatica ai terreni assoggettati a divieto di caccia solo allorquando i proprietari «dimostrino di aver messo in opera congrui mezzi per l'allontanamento della selvaggina medesima, quali chiusure, spauracchi, fuochi, spari di armi a salve e simili»³⁴;
- 11) la facoltà di chiudere l'accesso in aree di «particolare interesse per il ripopolamento del camoscio e dell'orso, ovvero grave pericolo all'incolumità perché di abituale dimora degli orsi»³⁵;
- 12) l'esclusione di risarcimenti per danni arrecati da orsi e rapaci;

²⁷ La sorveglianza, nel Parco del Gran Paradiso, ai sensi dell'art. 7 r.d.l. 1584/1922 era invece originariamente affidata unicamente alle «guardie forestali».

²⁸ Ci si riferisce al d.p.r. 30 giugno 1951, recante «Norme per l'organizzazione e per il funzionamento dell'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo».

²⁹ Nonostante, ad esempio, di recente vi si siano anche appoggiati dei pareri del Consiglio di Stato, come quello reso dalla Sezione seconda il 3 febbraio 1999 n. 32, relativo ai confini del potere di «vigilanza» ex art. 9 l. 394/1991 del Ministero dell'ambiente sugli atti degli enti parco non soggetti ad approvazione ai sensi degli artt. 29 e 30 l. 20 marzo 1975 n. 70.

³⁰ Per quanto attiene alla protezione della natura posta in essere con le «tecniche» della tutela paesistica, si rinvia a quanto detto *supra*, nt. 25. Si veda, sul punto, l'esegesi condotta da Cass. pen., sez. VI, 21 febbraio 1979 n. 204; Id., sez. II, 23 novembre 1981 n. 1958 e Tar Abruzzo, 27 gennaio 1982 n. 73, secondo cui nelle zone destinate a parco i poteri autorizzatori in materia paesistica sarebbero attratti *tout-court* nella sfera delle competenze degli organismi di gestione del parco, che in quanto tale si sarebbe sovrapposto, sostituendola, alla gestione ordinaria dell'amministrazione paesistica.

³¹ L'affermazione, in quanto disancorata a parametri naturalistici di sorta e limitati all'aspetto «estetico» del paesaggio, nonché alla «panoramica» (che potrebbe essere intesa come rimozione di ostacoli di sorta al godimento del «panorama»), appare agghiacciante. Benevolmente, potrebbe essere intesa come una cura al decoro estetico, confacente con le peculiarità della bellezza intrinseca di un territorio dichiarato parco nazionale.

³² Questa previsione sembra anticipare storicamente il nulla osta di cui all'art. 13 l. 394/1991, con l'eccezione per l'apertura di «nuove cave», oggi non consentita dall'art. 11 comma 3 lett. b) della medesima legge quadro.

³³ La disposizione non deve stupire, giacché ancora sedici anni dopo, saranno dichiarati per legge animali «nocivi» il lupo, la volpe, la faina, la puzzola, la lontra, il gatto selvatico, le aquile, i nibbi, l'astore, lo sparviero e il gufo reale, con facoltà non solo di cacciarli (più o meno) liberamente, ma anche di impiegare, per la loro riduzione numerica «lacci, tagliole, trappole e bocconi avvelenati» (cfr. gli artt. 4 e 25 r.d. 5 giugno 1939 n. 1016). Il definitivo superamento di queste uccisioni non ecologicamente sostenute potrà dirsi completato solo con l'emanazione della l. 11 febbraio 1992 n. 157.

³⁴ Notevole la lungimiranza di tale disposto, se comparato con le problematiche attuali dei risarcimenti dei danni da fauna selvatica (non solo nel territorio di aree protette).

³⁵ Facoltà oggi possibile solo se contemplata espressamente dal regolamento ex art. 11 l. 394/1991 o forzando il concetto del potere di «ordinanza» dell'ente parco, stante l'assenza di copertura legislativa ed i contenuti limitati e ben precisi del disposto di cui all'art. 29 l. cit. V. *infra* § 3.4.

13) la possibile caccia o cattura di orsi o di altre specie di selvaggina qualora "si accrescano in numero eccessivo"³⁶;

14) la facoltà, da parte del Comitato, di autorizzare "partite"³⁷ di caccia a specie di grossa selvaggina, comunque "in caso di accertata esuberanza di capi della specie" (tranne per lupo e volpe);

15) il divieto di caccia al capriolo³⁸;

16) la particolare "disciplina" dei cani vaganti³⁹.

17) l'obbligo di segnalazione del rinvenimento di alcune specie di animali, uccisi o feriti⁴⁰;

18) le peculiari competenze del Direttore: «il direttore del Parco cura l'esecuzione dei deliberati della Commissione e del Comitato esecutivo per quanto riflette tutti i servizi del Parco, eccettuati quelli tecnici, forestali e pascolativi. Egli dovrà fra l'altro studiare i provvedimenti più idonei per lo sviluppo del Parco, per la conservazione della fauna, per l'incremento del turismo e dell'industria alberghiera e per la propaganda, presentando le opportune proposte al Comitato esecutivo».

Così attentamente costruita la struttura normativa e gestionale dell'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo, questo verrà dopo appena un decennio soppresso a mezzo del r.d.l. 11 dicembre 1933 n. 1718, e così le Commissioni (dette "reali") del Parco d'Abruzzo e del Gran Paradiso⁴¹.

La gestione amministrativa e tecnica dei due parchi nazionali, del Gran Paradiso e d'Abruzzo, è stata per l'effetto demandata unicamente all'Azienda di Stato per le foreste demaniali. E a questa sono stati contestualmente trasferiti i beni dei parchi nazionali, i contributi dello Stato, i privilegi ed i diritti comunque spettanti ai parchi stessi, nonché tutte le passività di essi. L'amministrazione dei parchi verrà svolta con le stesse norme vigenti per l'azienda di Stato per le foreste demaniali⁴². Il servizio di vigilanza è affidato alla milizia nazionale forestale⁴³.

Con una parvenza più che altro di immagine scientifica, il r.d.l. in parola ha comunque previsto la costituzione di due "Commissioni consultive". Ma l'efficacia decisionale di tali Commissioni è stata facilmente esautorata: «le commissioni consultive formulano proposte sulle attività di carattere scientifico attinenti alla fauna, flora, formazioni geologiche, bellezze naturali e sullo sviluppo del turismo e dell'industria alberghiera, da svolgere nei parchi per meglio raggiungere le finalità della loro costituzione. Sulle proposte formulate dalle commissioni decide il Ministro per l'Agricoltura e Foreste. Sulle materie di carattere tecnico le commissioni consultive esprimono il loro parere in quanto richiesto dal Ministro per l'Agricoltura e Foreste. Le commissioni si riuniranno a Roma dietro invito che, di volta in volta, sarà emanato dal Ministro per l'Agricoltura e Foreste. Presidente delle commissioni è il Ministro per l'Agricoltura e Foreste il quale potrà delegare a rappresentarlo il sottosegretario di Stato per l'Agricoltura e Foreste»⁴⁴.

³⁶ V. oggi l'art. 11 comma 4 l. 394/1991.

³⁷ Dall'inglese "game": «game or quarry is any animal hunted for its meat or for sport».

³⁸ Che racconta, dal punto di vista naturalistico, la sopravvivenza della specie nel territorio del parco e non la sua scomparsa. Cfr. L. DOROTEA, *Della caccia e della pesca nel Caraceno. Sommario Zoologico*, a cura di C. Guacci, Campobasso, 2018, *passim*.

³⁹ Ai sensi dell'art. 21 r.d. 2124/1923, «I cani trovati vaganti nel territorio del parco saranno catturati dagli agenti di vigilanza, condotti a Pescasseroli, e tenuti per 15 giorni a disposizione del proprietario, che potrà riscattarli dietro pagamento della penale di:

[L. 20] se si tratta di cane non da caccia;

[L. 50] se si tratta di cane da caccia,

oltre il rimborso delle spese di mantenimento.

Trascorso il termine suddetto la Direzione del parco provvederà alla vendita del cane al migliore offerente e tratterà il prezzo ricavato. Se i cani sono trovati a vagare ove vivono i camosci gli agenti di vigilanza, se non riescono a catturarli, sono autorizzati ad ucciderli.

Saranno pure uccisi, ove la cattura non sia possibile, i cani trovati vaganti in qualsiasi parte del territorio del parco durante il periodo di caccia chiusa».

⁴⁰ Previsione oggi scomparsa, se non appositamente recepita negli strumenti di pianificazione, ma di grande interesse per una corretta gestione faunistica (monitoraggio) e per un adeguato controllo del territorio.

⁴¹ Cfr. G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente*, cit., 10, nt. 19: «il connubio tra governo e imprese idroelettriche, ad esempio, generò la decisione di sopprimere l'ente di gestione del Parco nazionale d'Abruzzo e di affidare il controllo della relativa area alla Milizia forestale [...], che diede subito via libera alla costruzione di invasi e strutture produttive, ma anche a tutta una serie di attività e iniziative di drammatico impatto naturalistico ed ambientale».

⁴² «La quale dovrà provvedervi con i contributi, introiti e proventi attualmente assegnati ai parchi, di guisa che nessun maggior onere venga ad essere assunto dall'azienda stessa» (art. 3 comma 3 r.d.l. 1718/1933).

⁴³ Quanto ai Servizi di sorveglianza già esistenti, l'art. 3 comma 5 r.d.l. 1718/1933 ebbe a prevedere che: «l'azienda di Stato per le foreste demaniali manterrà fino alla scadenza ed eventualmente rinnoverà, sentito il Ministero delle Finanze, in quanto ritenuti strettamente necessari, i contratti relativi al personale estraneo alla milizia nazionale forestale attualmente in servizio nei parchi».

⁴⁴ Inutile indagare oltre sulla composizione: «le commissioni di cui all'articolo precedente, saranno nominate con nostro decreto e saranno costituite da un professore in zoologia, un professore in botanica, un professore in geologia, dai comandanti delle legioni della milizia nazionale forestale di Torino (per il parco del Gran Paradiso) e di Aquila (per il parco d'Abruzzo), e da tre esperti in materia, tutti designati dal Ministro per l'Agricoltura e Foreste; da un rappresentante designato dal Ministro per l'Educazione Nazionale; dai presidi delle amministrazioni provinciali di Aosta (per il parco del Gran Paradiso), e di Aquila e Frosinone (per il parco d'Abruzzo); da

Dopo 17 anni, la l. 21 ottobre 1950 n. 991 ha ricostituito il Parco d'Abruzzo «*in ente autonomo nella sua attuale consistenza*».

Non essendo stato giuridicamente abrogato il r.d.l. 11 gennaio 1923 n. 257, non occorre che il testo ricostruisse l'intera disciplina, bastava rinviarvi nella sua interezza. Comunque, è stata meglio stabilita la dotazione patrimoniale dell'Ente parco⁴⁵ e delegato il Governo a diversamente disciplinare l'organizzazione ed il funzionamento dell'Ente, sostituendo il r.d.l. 2124/1923⁴⁶.

Segue, così, la promulgazione del d.p.r. 30 giugno 1951 n. 535, recante una nuova regolamentazione per l'organizzazione e per il funzionamento dell'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo.

Pochi articoli ebbero a disegnare una struttura gestionale abbastanza comune per gli enti pubblici c.d. "autonomi". Gli organi dell'ente erano semplificati a: presidente, consiglio di amministrazione, collegio dei revisori dei conti, direttore.

Il presidente era nominato dal Ministro delle politiche agricole e forestali e, sempre con decreto di questi, anche il consiglio di amministrazione, il quale, però, oltre alle rappresentanze dei ministeri (politiche agricole e forestali, pubblica istruzione, industria e commercio, beni e attività culturali) a mezzo di propri funzionari, annoverava quattro rappresentanti dei Comuni del Parco e tre componenti esperti (di zoologia, botanica e geologia).

Gli organi duravano in carica cinque anni. Il direttore veniva nominato dal presidente, "sentito il consiglio di amministrazione", e doveva essere fornito di "titolo accademico", nonché "idoneo" alle funzioni da demandargli.

Il potere di amministrazione era definito in maniera assolutamente generica ma teleologica allorché veniva attribuita al consiglio di amministrazione la possibilità di deliberare: «*le norme, nei limiti delle leggi, relative alla tutela ed all'incremento della fauna e della flora del Parco, delle formazioni geologiche, della bellezza del paesaggio, nonché quelle relative allo sviluppo del turismo nella zona del Parco*».

Come anticipato, l'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo, sotto questo specifico profilo, non subirà particolari stravolgimenti a seguito della promulgazione della l. 394/1991.

2. L'intervento della legge quadro sulle aree protette

Trascorsi quarant'anni di ricostituita gestione del Parco Nazionale d'Abruzzo, in esito ad un lungo processo legislativo⁴⁷, il 6 dicembre 1991 viene approvata la legge n. 394 (c.d. "Legge quadro sulle aree protette")⁴⁸.

Le innovazioni sulle quali l'Ente autonomo è stato chiamato a confrontarsi si muovono su distinti piani di lettura.

Ad un primo livello si colloca la creazione del vertice organico presso il "nuovo" *Ministero dell'ambiente*⁴⁹ e la programmazione territoriale globale per mezzo della *Carta della natura* operata, soggettivamente, dal

un rappresentante dell'ente nazionale per le industrie turistiche, uno del Touring Club, uno del Club Alpino Italiano e dagli ufficiali della milizia nazionale forestale amministratori dei parchi).

⁴⁵ «Alle spese occorrenti per il Parco nazionale d'Abruzzo sarà provveduto:

1) con un contributo annuo di lire 25 milioni, da stanziarsi annualmente nel bilancio del Ministero dell'agricoltura e delle foreste.

All'onere derivante da tali spese si provvede per l'esercizio 1950-51 mediante riduzione per eguale importo dello stanziamento del capitolo 139 dello stesso bilancio;

2) con gli introiti di permessi e concessioni che rilascia l'Amministrazione del parco, oltre che con i redditi dei terreni e di altre attività di pertinenza del Parco;

3) con i proventi delle pene pecuniarie, conciliazioni e oblazioni corrisposte dai contravventori;

4) con ogni altro contributo dato a qualsiasi titolo da enti, associazioni o privati.

I residui annui dello stanziamento assegnato sul bilancio del Ministero dell'agricoltura e delle foreste resteranno a beneficio dell'Ente in aumento dello stanziamento successivo».

⁴⁶ Ai sensi dell'art. 5 l. 991/1950: «il Governo è delegato ad emanare norme per l'organizzazione e per il funzionamento dell'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo in maniera da assicurare che il suo ordinamento sia conforme agli scopi dell'Ente, diretti principalmente alla conservazione e allo sviluppo della fauna e della flora locali, nonché all'incremento turistico della zona».

⁴⁷ Si veda M. CERUTI, *Parchi e protezione della natura*, in AA.VV., *Speciale 20 anni*, in *Quad. Riv. giur. amb.*, n. 18, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 289 ss.; G. CERUTI, *Il lungo, sofferto cammino di una legge "storica"*, in AA.VV., *Aree naturali protette*, a cura di G. Ceruti, Milano 1996, 9 ss.

⁴⁸ Che reca una normazione organica e coordinata volta alla costruzione di un "modello di riordino e potenziamento dei parchi nazionali esistenti e di istituzione di nuovi parchi nazionali" (cfr. G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente*, cit., 140).

⁴⁹ Cui spetta ex art. 9 l. 394/1991 la vigilanza sugli atti degli enti parco non soggetti ad approvazione ai sensi degli artt. 29 e 30 l. 20 marzo 1975 n. 70. Sul punto, si segnala il citato parere del Consiglio di Stato reso dalla Sezione seconda il 3 febbraio 1999 n. 32 (retro, nt. 35).

Comitato per le aree naturali protette. Inutile aggiungere che il Comitato fu soppresso appena nel 1997⁵⁰ e la Carta della natura mai attuata⁵¹.

Ad un secondo livello si pone la precisa indicazione, da parte della legge quadro, di alcuni *standards* minimi ed uniformi di tutela, recati: dall'art. 1 l. 394/1991, allorché dichiara direttamente «patrimonio naturale»⁵², le formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche e biologiche, o gruppi di esse, che hanno un rilevante interesse naturalistico ed ambientale, dichiarandone, al contempo, l'appartenenza «al paese»⁵³; dall'art. 11 l. cit., quanto ai divieti «totalizzanti»; e, infine, dalla costruzione di un sistema sanzionatorio *ad hoc*.

Ad un ulteriore livello, strettamente gestionale, si rinviene il sistema di governo incentrato su piani (*piano per il parco, piano economico e sociale*), fonti regolamentari (*regolamento del parco*) e procedimenti (*nulla osta, acquisti, espropriazioni ed indennizzi, poteri di sospensione e di riduzione in pristino*)⁵⁴.

Il compito concreto della gestione, infine, è demandato alla capacità degli enti parco di costruire il proprio particolareggiato sistema di tutela di ogni specifica area protetta, sulla struttura espansiva degli strumenti di piano e di regolamento.

L'inattuazione e l'analisi della prassi hanno messo in evidenza diversi profili di criticità di tale sistema⁵⁵.

3. L'attuale ordinamento giuridico dell'Ente Parco

Il legislatore del 1991, purtroppo, ha dovuto prendere atto e tener conto della complessa e previgente normativa che informa(va) la gestione dei «parchi storici». L'art. 35 l. quadro, contenente le «norme transitorie», ha inteso provvedere in tal senso stabilendo che: «con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente, si provvede all'adeguamento ai principi della presente legge, fatti salvi i rapporti di lavoro esistenti alla data di entrata in vigore della presente legge di dipendenti in ruolo, della disciplina del Parco nazionale d'Abruzzo, del Parco nazionale del Gran Paradiso, previa intesa con la regione a statuto speciale Val d'Aosta e la regione Piemonte, tenuto conto delle attuali esigenze con particolare riguardo alla funzionalità delle sedi ed alla sorveglianza».

Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in parola è stato emesso il 26 novembre 1993⁵⁶ ed ha ridisegnato la figura soggettiva dell'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo adeguandola alla l. 394/1991.

Tale provvedimento ha lasciato delle aperture, transitorie o definitive, verso la legislazione passata, che abbisognano di essere interpretate.

Avrebbe dovuto avere natura contingente e transeunte, invero, il disposto di cui all'art. 4, secondo cui: «fino all'approvazione del regolamento e del piano del Parco ai sensi degli articoli 11 e 12 della legge 6 dicembre 1991, n. 394, restano in vigore le deliberazioni, le ordinanze, le intese e gli altri provvedimenti emanati, all'atto dell'entrata in vigore del presente decreto, dall'Ente parco ai sensi delle norme istitutive». Ma, sappiamo, che allo stato, non verificatasi la condizione di legge dell'approvazione di piano e regolamento, l'Ente parco sta procedendo «ordinariamente» proprio in forza di tale previsione conservativa.

Hanno carattere di definitività le previsioni dell'art. 5 dello stesso decreto: «restano ferme le competenze esercitate dall'Ente autonomo Parco nazionale d'Abruzzo, in base alle norme vigenti, in materia di protezione e conservazione della natura»; e di cui all'art. 7: «la sorveglianza sui territori di competenza dell'Ente parco è

⁵⁰ Dall'art. 7 d.lgs. 28 agosto 1997 n. 281.

⁵¹ La «scomparsa» della Carta della natura è stata stigmatizzata anche dall'OCSE, *Environmental Performance Reviews: Italy* 2002, Paris 2003.

⁵² «A natural infrastructure that supports life on Earth» (B.M. FRISCHMANN, *Environmental infrastructure*, in *Ecology Law Quarterly, University of California Berkeley School of Law* 2008, 173).

⁵³ P. MADDALENA, *La legge quadro sulle aree protette*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 648 ss. sospinge il concetto verso l'individuazione del bene in senso giuridico, al fine di costruire la natura stessa come centro autonomo d'imputazione giuridica, come soggetto non personificato di diritti.

⁵⁴ Il piano per il parco ed il regolamento sono qualificabili come atti normativi aventi natura regolamentare, e dunque di rango immediatamente inferiore alla legge. Entrambi hanno portata generale ed *erga omnes* e sono pubblicati sulla *Gazzetta ufficiale*. Il piano (art. 12 commi 7 e 8 l. 394/1991) è immediatamente vincolante nei confronti delle amministrazioni e dei privati, ha effetto di dichiarazione di pubblico generale interesse e di urgenza e di indifferibilità per gli interventi in esso previsti e sostituisce ad ogni livello i piani paesistici, i piani territoriali o urbanistici e ogni altro strumento di pianificazione; il regolamento del parco prevale sulle disposizioni regolamentari dei comuni, qualora non vi si siano adeguati. G. NICOLUCCI, *Il territorio dei parchi nazionali: un invalicabile limite alla pianificazione urbanistica regionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2003, n. 2., 311.

⁵⁵ Cfr. già G. DI PLINIO, *Aree protette vent'anni dopo. L'inattuazione "profonda" della legge n. 394/1991*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2011, n. 3, *passim*.

⁵⁶ Pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale* n. 35 del 12 febbraio 1994.

esercitata dal Corpo forestale dello Stato sotto la dipendenza funzionale dell'Ente parco ai sensi dell'art. 21, comma 2, della legge 6 dicembre 1991, n. 394, nonché dalle guardie del Parco alle dipendenze dell'Ente⁵⁷. Funge da norma interpretativa di chiusura la previsione dell'art. 8 del d.p.c.m. *de quo*: «per quanto non espressamente disciplinato dal presente decreto si applicano le disposizioni della legge 6 dicembre 1991, n. 394».

La formulazione assolutamente generica dell'art. 4 comma 2 del d.p.c.m. 26 novembre 1993, appena menzionata, secondo cui restano in vigore le deliberazioni, le ordinanze, le intese e gli altri provvedimenti emanati dall'Ente parco ha imposto a questi di procedere con una ricognizione rispetto alla congerie potenzialmente molto vasta di atti⁵⁸, ma soprattutto di provvedimenti, eventualmente pure confliggenti fra loro o temporalmente superati.

Dunque, (solo) con deliberazione di Consiglio direttivo n. 9 del 6 marzo 2009⁵⁹, si è inteso limitare l'effetto della previsione in parola, ribadendo l'attuale efficacia («anche ai fini delle attività di controllo e di repressione di eventuali violazioni di competenza del Servizio di sorveglianza del Parco»):

- 1) dell'avviso-ordinanza del 1° dicembre 1973, concernente *“Limitazioni al traffico motorizzato nel Parco nazionale d'Abruzzo”*;
- 2) dell'avviso-ordinanza 1° gennaio 1975, concernente *“Disciplina del campeggio, rifugio, bivacco, escursionismo e pic nic nel Parco nazionale d'Abruzzo”*;
- 3) dell'avviso-ordinanza 1° gennaio 1976, concernente *“Protezione della flora appenninica spontanea nel territorio del Parco nazionale d'Abruzzo”*;
- 4) del *Regolamento sulla ripresa fotocinematografica nel Parco*;
- 5) del *Regolamento sulla ricerca scientifica nel Parco*;
- 6) dell'avviso-ordinanza 1° luglio 1984, concernente *“Zonizzazione del Parco nazionale d'Abruzzo. Criteri basilari di zonizzazione del territorio del Parco nazionale d'Abruzzo, dichiarato di notevole interesse ai sensi della legge 12 luglio 1923 n. 1511 e sue successive modificazioni e integrazioni”*⁶⁰.

Si tratta, peraltro, con l'esclusione dei provvedimenti di perimetrazione e disciplina della Zona di protezione esterna (comunque tutti ugualmente validi ed efficaci nella loro successione nel tempo) dei principali provvedimenti di organizzazione della fruizione del territorio del Parco. Non si rinvencono, invero, altri provvedimenti aventi natura normativa o regolamentare di pari rilievo o che, diversamente, non si possa dire che non avessero già consunto la loro efficacia giuridica.

A ciò deve aggiungersi che il r.d.l. 257/1923 è stato abrogato soltanto ad opera del d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (conv. in l. 6 agosto 2008 n. 133), abrogazione ribadita dall'art. 2 comma 1 d.l. 22 dicembre 2008 n. 200 (conv.

⁵⁷ La norma di cui all'art. 16 r.d.l. 257/1923, in tema di sorveglianza, invero, non è sopravvissuta alla caducazione operata nel 2008. Allora, per ricostruire la legittimazione e le competenze del servizio di sorveglianza, si dovrà fare riferimento sia all'art. 11 d.p.r. 535/1951, ma in particolare all'art. 35 l. 394/1991 e, dunque, al citato art. 7 del d.p.c.m. del 26 novembre 1993. Successivamente, è stata la l. 9 dicembre 1998 n. 426 (all'art. 2 comma 36) a fissare l'equiparazione delle “funzioni” in materia di sorveglianza: «le funzioni svolte dalle guardie dell'Ente autonomo del parco nazionale d'Abruzzo e dell'Ente parco nazionale del Gran Paradiso nel territorio di competenza dei parchi medesimi sono equiparate a quelle del Corpo forestale dello Stato». Tale equiparazione pone copertura legislativa alle funzioni di polizia giudiziaria secondo quanto previsto dall'art. 57 comma 3 c.p.p. Ragion per cui, le funzioni di polizia di sicurezza, già appoggiate agli artt. 133 e 134 Tulpis, sono state definitivamente riconosciute dall'art. 1, comma 1107, l. 27 dicembre 2006 n. 296: «nei limiti del territorio di competenza, è riconosciuta la qualifica di agente di pubblica sicurezza e si applicano le disposizioni previste dall'articolo 29, comma 1, della legge 11 febbraio 1992, n. 157». Si badi, però, che in ragione dell'asservimento della funzione alle finalità di gestione dell'Area protetta, al personale di sorveglianza competono spettanze ulteriori, come quelle esemplificativamente indicate dall'art. 38 del Regolamento di organizzazione (approvato con deliberazione di Consiglio direttivo n. 4 del 23 febbraio 2010, successivamente modificato con deliberazione n. 15 del 29 aprile 2016). Tra queste:

- e) esercitare il controllo e supportare le attività di studio, ricerca e progettazione di programmi di gestione della fauna, della flora e di tutela del territorio, in collaborazione con gli organi scientifici e la direzione dell'area protetta;
- f) prestare assistenza alla fauna selvatica ferita, in difficoltà o catturata per scopi di gestione faunistica;
- g) assicurare informazione ed assistenza ai visitatori e a tutti i fruitori dei servizi dell'area protetta;
- h) svolgere opera di prevenzione e di lotta attiva agli incendi boschivi, in applicazione della normativa in materia;
- m) accertare i danni da fauna selvatica;
- n) effettuare operazioni di monitoraggio e censimenti della fauna selvatica;
- o) effettuare operazioni di monitoraggio sanitario della fauna selvatica;
- p) in collaborazione con gli altri servizi competenti, effettuare operazioni di recupero e soccorso di fauna selvatica in difficoltà;
- q) provvedere alla gestione ordinaria delle apparecchiature, delle attrezzature tecnico-scientifiche e delle infrastrutture affidategli dall'Ente;

⁵⁸ Si rimanda, in proposito, alla raccolta edita nel 1993 (Ente autonomo Parco nazionale d'Abruzzo, Normativa del Parco, Penne 1993), successiva ad una precedente analoga del 1971.

⁵⁹ Sospinta dall'intervenuta abrogazione del r.d.l. 257/1923 e del r.d. 2124/1923.

⁶⁰ Si noti, così, molto significativamente, che “malgrado” l'entrata in vigore della l. 394/1991, l'Ente parco continua a gestire il proprio territorio sulla base di una zonazione risalente ad oltre trent'anni addietro.

in l. 18 febbraio 2009 n. 9). Ed è su questa motivazione di scomparsa del fondamentale r.d.l. 257/1923 che l'Ente parco ha ben pensato di conferire concretezza alle ampie previsioni del d.p.c.m. 26 novembre 1993, stabilendo gli atti gestionali da conservare ed iterare di efficacia.

Eppure, la totale sua eliminazione dall'ordinamento giuridico è durata pochissimo, giacché, come detto, appena un anno dopo il d.lgs. 1° dicembre 2009 ne ha dichiarato la riviviscenza (*rectius*, il "ripristinamento dell'efficacia") seppur limitatamente agli artt. 1, 2 e 4.

La conseguenza ad oggi è, per l'interprete, di capire, oltre alla eventuale salvaguardia di atti e provvedimenti appoggiati in maniera particolare sulla vigenza del r.d.l. 257/1923, qual è il senso attuale della sopravvivenza, nonché l'adeguato coordinamento con la l. 394/1991, che comunque dovrebbe fungere da regola base di sistema.

Non è sfiorata da questa vicenda la costituzione dell'«Ente autonomo», giacché l'abrogazione del relativo art. 11 r.d.l. 257/1923 da parte del d.l. 112/2008 è stata persino ribadita dal d.l. 200/2008, ma permane assicurata dall'art. 11. 991/1950⁶¹.

Non sembra recare particolare interesse il fatto che l'art. 1, oggi di nuovo vigente, abbia dichiarato Parco nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise il "territorio compreso nei confini della carta topografica annessa. E nemmeno che ciò sia avvenuto "allo scopo di tutelare e migliorare la fauna e la flora e di conservare le formazioni geologiche, nonché la bellezza del paesaggio", essendo questi sintagmi superati dall'evoluzione concettuale della legislazione sulle aree protette. La permanente vigenza della previsione assicura il fondamento legislativo della costituzione di quel territorio come Parco nazionale.

Nulla *quaestio* circa la "promozione dello sviluppo del turismo e dell'industria alberghiera", giacché si tratta di affermazioni sufficientemente obsolete e contrastanti con la diversa impostazione della 394/1991, che subordina ogni istanza di tal fatta alla compatibilità con il primario interesse naturalistico di tutela.

Anche l'art. 2 comma 1 r.d.l. 257/1923, in ordine alla possibile estensione del perimetro del Parco in forza di decreto legge, può ritenersi superato dall'art. 8 l. 394/1991.

Qualche immagine in più di valutazione propositiva in termini strettamente normativi sembra essere offerta dal comma 2 di quest'ultima previsione: «la commissione di cui all'art. 11 ha facoltà di estendere ai terreni limitrofi del parco particolari divieti di caccia». La permanente vigenza potrebbe essere impiegata per la "zona di protezione esterna"⁶², ove ancora non costituita come area contigua ai sensi dell'art. 32 l. 394/1991⁶³. Il pari rango legislativo e la non contrarietà con i principi della legge quadro del resto, appianerebbero qualsiasi ipotesi di conflitto con la legislazione di settore di cui alla l. 157/1992.

L'art. 4, recante il catalogo dei divieti, se per buona parte è ricalcabile nei contenuti dell'art. 11 comma 3 l. 394/1991, se ne discosta per quanto attiene alle particolari concessioni che possono essere rilasciate per l'esercizio della caccia e della pesca, ma soprattutto per «la fotografia di panorami, monumenti, costumi, animali, ecc. per farne cartoline illustrate o clichés di pubblicazioni, senza l'autorizzazione della commissione di cui all'art. 11». Ora, è ben arduo (e forse ingiustificato) sostenere, stante l'impostazione dell'art. 11 l. 394/1991, che l'Ente parco possa ancora rilasciare "particolari" concessioni di caccia. Ma è difficile non ritenere, per un maggior dettaglio di tutela, che non possa non valere ancora il "divieto di fotografare panorami, monumenti, costumi o animali, ecc., per farne cartoline illustrate o clichés di pubblicazioni", qualora non espressamente autorizzati dall'Ente parco⁶⁴.

4. La disciplina sanzionatoria

Com'è noto, l'art. 30 comma 1 l. 394/1991 descrive una fattispecie generale di responsabilità penale per opere eseguite in assenza di nulla osta e per la violazione dei divieti di carattere generale di cui all'art. 11 comma 3.

⁶¹ «Il Parco d'Abruzzo è ricostituito in ente autonomo nella sua attuale consistenza»: l'art. 1, comma 1, d.lgs. 1° dicembre 2009 n. 179 ha dichiarato indispensabile la permanenza in vigore di tale disposizione.

⁶² Ma definita anche cartograficamente, in forza della previsione di cui all'art. 2 comma 2 r.d.l. 257/1997, sulla base di provvedimenti *ad hoc*, come l'«avviso» del Presidente del Parco del 1° agosto 1970, recante "Particolari divieti di caccia nei territori limitrofi del Parco nazionale d'Abruzzo". E meglio regolamentata in forza dell'«avviso-ordinanza» del maggio 1993 del Presidente del Parco, da ritenersi ancora assolutamente in vigore, ove si dispone che «all'interno del territorio suddetto l'attività venatoria e gli interventi connessi (ripopolamenti, abbattimenti e catture della selvaggina), nonché gli interventi di ricostituzione ambientale, di tutela ecologica e di miglioramento faunistico, potranno essere effettuati solo sulla base di programmi concordati tra l'Ente Autonomo Parco Nazionale d'Abruzzo e le istanze interessate, e opportunamente regolamentati».

⁶³ Costituita ad ogni effetto di legge solo nel versante molisano del Parco, giacché non può ritenersi concluso ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 32 l. 394/1991 il percorso d'intesa intrapreso con la Regione Abruzzo.

⁶⁴ Questa previsione, come detto di perdurante vigenza, costituisce un'eccezione di sistema nel contesto della disciplina dei parchi nazionali italiani, imitabile grossolanamente solo nei limiti di una incorporazione nei regolamenti.

Il comma 2 della medesima disposizione, invece, prevede la sanzione amministrativa, nella forbice edittale da lire cinquantamila a due milioni, per la violazione delle "disposizioni emanate dagli enti parco".

Beninteso, è ovvio che lo strumento per l'individuazione delle condotte sanzionabili ai sensi dell'art. 30 comma 2 l. 394/1991 sia il Regolamento del parco⁶⁵.

Ma, in mancanza, stante la creazione di una responsabilità penale *ad hoc* per determinate condotte - pur eccessivamente estese, come notato - è compito dell'interprete ricostruire le prescrizioni di divieto adottate dall'Ente parco e ricondurle nell'alveo sanzionatorio penale od amministrativo ex art. 30 comma 1 o 2 l. 394/1991.

Si consideri, ad esempio, che il divieto di cui all'art. 4 r.d.l. 257/193 di "manomissione e alterazione delle bellezze naturali e delle formazioni geologiche e paleontologiche" non potrà non essere comunque sanzionato penalmente in quanto genericamente altrettanto vietato dall'art. 11 comma 3 primo periodo l. 394/1991.

Qualora, anche per le ipotesi di raccolta o danneggiamento di specie vegetali (art. 11 comma 3 lett. a) l. 394/1991) vi sia tuttavia stata regolamentazione dell'Ente parco, occorre verificare se questa abbia costruito le ipotesi di deroga la cui violazione (in quanto riferibile alle "disposizioni emanate dall'ente parco" ex art. 30 comma 2 l. 394/1991) costituisca mero illecito amministrativo e non più penale.

Ora, per quanto attiene alla stratificazione normativa e provvedimentale che informa la disciplina dello storico Parco, la delibera di Consiglio direttivo del n. 9 del 6 marzo 2009 (ma prima ancora il d.p.c.m. 26 novembre 1993) ha fatto salvezza di provvedimenti i quali richiama(va)no, quanto alle sanzioni applicabili in caso di violazione, quelle di cui all'art. 7 lett. a), b), f) del r.d.l. 257/1923. Occorre chiarire che se le disposizioni sanzionatorie in parola recavano una sanzione avente natura "penale", ancorché costituita dalla sola pena pecuniaria, questa è caduta sotto la scure della depenalizzazione recata dall'art. 32 l. 24 novembre 1981 n. 689⁶⁶. Per l'effetto, con "decisione" del Presidente dell'Ente Autonomo del Parco Nazionale d'Abruzzo del 20 maggio 1983, è stata riorganizzata una "Tabella delle nuove sanzioni", dipartendo dai divieti e dalle sanzioni di cui agli artt. 4 e 7 r.d.l. 257/1991, con gli importi aumentati ai sensi degli artt. 113 e 114 della stessa l. 689/1981.

L'occasione è stata impiegata per meglio tipizzare le condotte sanzionabili, in forza di un'ulteriore colonna inserita nella tabella in parola, recante l'«interpretazione» delle condotte vietate, spacchettando e meglio dettagliando le singole fattispecie ascrivibili delle più generiche condotte preesistenti. L'operazione, in uno con il provvedimento emesso, benché non "ribadito" in forza della menzionata deliberazione di Consiglio direttivo del 6 marzo 2009, deve comunque ritenersi ancora giuridicamente valida ed efficace stante la più ampia copertura offerta dal d.p.c.m. 26 novembre 1993. Di questa tabella appare scontata anche la possibile compatibilità con le sanzioni di cui all'art. 30 comma 2 l. 394/1991 per quanto attiene alla forbice edittale. Rimane imprescindibile, diversamente, come anticipato, che all'indomani dell'entrata in vigore della legge quadro sulle aree protette, alcune condotte, già punite con la sanzione amministrativa per effetto della menzionata depenalizzazione, debbano piuttosto essere oggi ascritte nella sanzione penale di cui all'art. 30 comma 1 l. 394/1991.

Fra queste, senz'altro molte di cui alla menzionata deliberazione di Consiglio direttivo del 6 marzo 2009, giacché costituenti violazioni degli artt. 13 e 11 comma 3 l. 394/1991⁶⁷.

A stretta interpretazione dell'art. 11 comma 3 lett. a), con riferimento al "disturbo delle specie animali", dovrebbero assumere rilevanza penali ai sensi dell'art. 30 comma 1 secondo periodo l. 394/1991 anche le condotte contemplate dalla medesima deliberazione di Consiglio direttivo concernenti i "cani vaganti"⁶⁸.

Salvo altre disposizioni, comunque necessariamente da ricondursi all'effettuazione di «interventi, impianti od opere all'interno del parco» senza il rilascio del nulla osta o alla violazione dei divieti di cui all'art. 11 comma 3 l. quadro, sembra che le restanti regolamentazioni promanate sino ad oggi dall'Ente autonomo e

⁶⁵ Pur con i grossi limiti individuati dalla giurisprudenza della Suprema corte citata in G. DI PLINIO - G. NICOLUCCI, *I poteri sanzionatori dell'Ente Parco*, cit., 10 ss.

⁶⁶ Vi si legge: «non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista solo la pena della multa o dell'ammenda».

⁶⁷ Si tratta, per quanto attiene alla «manomissione ed alterazione delle bellezze naturali e delle formazioni geologiche e paleontologiche» di: «costruzioni e ricostruzioni abusive; strade abusive; inquinamento di acque; raccolta pietrame; prelievi di stame; lettiera fogliame; fuochi pericolosi; disturbo alla fauna; danneggiamento della flora; abbandono di rifiuti; alterazione di ambiente». Per la «caccia abusiva»: «accesso nel territorio del Parco con armi, cani o strumenti atti alla caccia; esercizio di caccia e tentativi di svolgere tale attività, uccisione, raccolta, cattura di selvaggina ed altri animali di qualsiasi specie; caccia all'orso o al camoscio anche se nessun capo sia stato abbattuto». Per la «pesca abusiva»: «uccisione, raccolta, cattura di fauna ittica; uccisione, raccolta, cattura di animali acquatici in genere; tentativi di svolgere tali attività».

⁶⁸ Distinti, nella tabella in parola, quanto al profilo sanzionatorio, tra "cani da caccia" e "cani non da caccia".

salvaguardate in forza del menzionato d.p.c.m. del 1993 e dalla deliberazione di Consiglio direttivo del 2009, possano dirsi riconducibili alla previsione sanzionatoria amministrativa di cui all'art. 30 comma 2 l. 394/1991. C'è da aggiungere, per quanto attiene alle condotte illecite che si pongono in contrasto con le finalità (e gli strumenti) di tutela imposte dalla legge quadro, in ragione del taglio trasversale di competenze e della natura giuridica dell'Ente parco stesso⁶⁹, che la copertura sanzionatoria di cui all'art. 30 l. 394/1991 esclude che possano essere invocate altre normative di settore, recanti sanzioni amministrative, applicabili al di fuori del contesto territoriale protetto.

E', ad esempio, il caso di fattispecie previste da norme regionali di tutela ambientale o paesaggistica, o dalla legislazione regionale e statale in materia di attività venatoria. Se, cioè, la fattispecie concreta dovesse comunque essere sussumibile nelle ipotesi di cui all'art. 30 l. 394/1991, non potrebbero invocarsi altre fattispecie sanzionatorie, nemmeno qualora possedessero elementi c.d. "specializzanti"⁷⁰, salvo che l'oggetto giuridico tutelato sia ontologicamente diverso, con ciò dandosi luogo alla fattispecie del concorso, disciplinato dall'art. 8 l. 689/1981. Militano in tal senso anche due considerazioni di carattere differente. E cioè la competenza funzionale degli organi di sorveglianza del territorio del parco⁷¹ e l'imputazione dei proventi delle sanzioni come entrate per l'Ente parco.

Ovviamente, sono estranee a quest'affermazione quelle condotte che possono essere perseguite nel territorio del Parco da parte dei soggetti preposti alla sorveglianza soltanto in ragione delle proprie qualifiche individuali di polizia giudiziaria e di polizia di sicurezza. Come nel caso in cui si elevino verbali di contravvenzione al codice della strada, o si contestino illeciti edilizi di sorta, o violazioni al *Tulps et similia*.

4. Considerazioni di sintesi

L'Ente autonomo del Parco nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise, nei suoi quasi cento anni di storia, con le regole del r.d.l. 257/1923 e senza lo strumentario della l. 394/1991, ha superato i problemi della speculazione edilizia, degli assalti turistici ed impiantistici del turismo invernale, del bracconaggio, del conflitto con le pretese dell'allevamento intensivo ed oggi si confronta con la necessità di rendere "sostenibile" la forte pressione turistica nelle aree più sensibili⁷², nonché di migliorare la gestione della propria delicata fauna protetta.

Tutto ciò è avvenuto sia per veri e propri atti di forza dell'Ente parco compiuti nel passato⁷³, ma anche perché, nel tempo, è mutata la fisionomia economica del territorio, che ha sviluppato una particolare attenzione alla conservazione della *wilderness* attuata per mezzo di una moltitudine di istanze sociali e di sinergie direttamente proporzionate alla sua integrità ed alla capacità di riverberare verso una collettività indeterminata *wildland benefits*⁷⁴.

Ma ciò è stato possibile, altresì, per una ragione oggettiva ineluttabile, e cioè che la perimetrazione del parco include prevalentemente aree a scarsissima antropizzazione, nel mentre le popolazioni che vivono nei pochi

⁶⁹ L'ente parco può dirsi un "ente di amministrazione", «finalizzato alla protezione dell'interesse naturalistico e dotato di una disciplina di settore, inquadrato in un ordinamento giuridico speciale, il sistema dei parchi e delle riserve naturali, dotati di strumenti normativi, e preposti all'amministrazione e alla gestione di frazioni del sistema, ciascuna corrispondente al, e contemporaneamente delimitata dal, territorio dell'area protetta» (G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'ambiente*, cit., 203 ss).

⁷⁰ Il riferimento è all'art. 9 l. 689/1981.

⁷¹ Ci si riferisce all'art. 29 del citato Regolamento di organizzazione secondo cui: «Il Servizio di Sorveglianza del Parco Nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise è una struttura organizzata di persone, mezzi e strumenti per l'espletamento delle funzioni di Sorveglianza (Polizia Giudiziaria e Amministrativa), tutela ambientale, paesaggistica ed urbanistica, protezione civile, tutela delle risorse faunistiche, floristiche e forestali, inquadrata nell'ambito dell'organizzazione e delle competenze dell'Ente autonomo Parco Nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise». Nonché all'art. 30, secondo cui «l'ambito territoriale in cui i Guardiaparco esplicano le proprie funzioni è il territorio del Parco Nazionale d'Abruzzo, Lazio e Molise e il territorio della cosiddetta Zona di Protezione Esterna (ZPE) del Parco; esso si estenderà all'Area Contigua (AC) al parco al momento della sua istituzione ai sensi della Legge 394/1991» e, in via d'eccezione, «qualora il Prefetto o altre Autorità competenti lo ritengano opportuno, è possibile l'impiego dei Guardiaparco per servizi all'esterno del PNALM e/o ZPE, in base a quanto disposto dell'Autorità competente che provvederà a rilasciare le opportune autorizzazioni».

⁷² In questa direzione i provvedimenti di "disciplina del flusso turistico in alcune aree di presenza del camoscio appenninico e dell'orso bruno marsicano", adottati da decenni, dapprima con la forma dell'«avviso-ordinanza» a firma del presidente del parco e di poi con determinazione dei responsabili di servizio.

⁷³ L'11 luglio 2008 è stato demolito l'ultimo villino abusivo realizzato in località "Cioerana" del Parco, a chiusura forzosa di una vicenda di speculazione edilizia assai risalente e più volte balzata sulla cronaca nazionale.

⁷⁴ Cfr. C. MORTON, *The economic benefits of wilderness: theory and practice*, in *University of Denver Law Review*, 1999, vol. 76, n. 2, 465 ss.; nonché D- McCLOSKEY, *Evolving perspectives on wilderness values: putting wilderness values in order.*, in P. C. Reed (comp.), *Preparing to manage wilderness in the 21st century: Proceedings of the conference*, in USDA Forest Service, 1990, GTR-SE-66, Southeastern Forest Experiment Station, Asheville, NC.

centri urbani inclusi nel perimetro del Parco⁷⁵ hanno progressivamente preso coscienza e sviluppato una cultura specifica dei vantaggi derivanti dall'inclusione nel territorio protetto.

E allora ritorna in auge la riflessione di fondo sulla mancata attuazione della Carta della natura e sulla violazione del principio secondo cui la protezione integrale è perseguibile unicamente in aree territoriali molto limitate. Territori troppo estesi e troppo antropizzati non si prestano ad essere gestiti secondo il sistema della protezione integrale. E l'assetto dello strumentario "da guerra" della 394/1991 è rimasto nelle casse inchiodate dei depositi d'arsenale, proprio perché sarebbe stato impossibile adoperarlo, secondo la "regola dell'arte", nei parchi così come politicamente disegnati e confinati nella realtà. Senza sottacere la difficile trasposizione tra la *law in the books* e la *law in action*⁷⁶, come prospettato in queste pagine, per lacune e malformazioni congenite della legge. Ed è indispensabile un'evoluzione culturale e una adeguata comunicazione, giacché sarebbe impossibile (e alla fine anche ingiusto) rendere effettiva la protezione integrale senza la partecipazione e il consenso delle collettività locali⁷⁷.

Giacomo Nicolucci

⁷⁵ Nel territorio del Parco, di 50.500 ettari, insistono solo cinque centri abitati. Quanto all'intero territorio nazionale, da un dato del 2009, i comuni "dentro" le aree protette risultavano 1.873, cioè un quarto di tutti i comuni italiani: una cifra sorprendente, e un indizio di un fenomeno ben più ampio dell'oggettivo contenuto "naturalistico" dei territori comunali.

⁷⁶ Immancabile la citazione di R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review* 44 (1910), 12-36.

⁷⁷ L.M. CAMPBELL - M.H. GODFREY - O. DRIF, *Community-Based Conservation via Global Legislation? Limitations of the Inter-American Convention for the Protection and Conservation of Sea Turtle*, in *J. Intl' Wildlife L. & Policy*, 5, 2002, pp. 121 ss., in part. pp. 125 ss., i quali spiegano le difficoltà applicative della protezione integrale con tre ordini di ragioni: pratiche, filosofiche e di giustizia sociale.

Diritti umani e diritti degli animali. Una nuova prospettiva per lo *ius animalium*

Quando, circa venti anni fa, proposi alla professoressa Maria Gabriella Esposito, docente di Filosofia del Diritto all'Università degli Studi di Teramo, una tesi sulla tutela giuridica degli animali, la stessa si mostrò interessata a questa tematica e mi assegnò il seguente titolo: "Il diritto degli animali".

Quel titolo, all'epoca, non mi piaceva tanto. Mi sembrava poco preciso dal punto di vista giuridico, in quanto pensavo che non fosse corretto parlare di "diritto degli animali", non ritenendo questi ultimi soggetti di diritto. All'epoca il punto di arrivo delle riflessioni sul rapporto uomo-altri animali mi sembrava ben condensato nei precetti della cosiddetta "etica della responsabilità", secondo cui il nostro compito deve essere quello di prenderci cura degli animali, essendo questi ultimi capaci di sofferenza, benché privi di soggettività giuridica. Sul piano giuridico, tali posizioni possono ritenersi chiaramente espresse nella relazione presentata dal primo presidente della Corte di Cassazione Ernesto Eula al convegno organizzato nel 1961 dal titolo *Gli italiani e la natura*, in cui il predetto magistrato parlò di "una somma di doveri per gli uomini" nei confronti degli animali. Questi ultimi, pur privi di soggettività giuridica, non potevano essere visti come semplici cose e pertanto si doveva riconoscere loro "un diritto di rispetto, di umana comprensione, di moderazione negli usi"¹.

Come noto, un grande impulso ad una radicale revisione del modo di vedere il rapporto uomo-animali è stato dato dalle teorie, elaborate a partire dagli anni 70 del secolo scorso, da Peter Singer e Tom Regan, che hanno definitivamente messo da parte l'approccio di tipo caritatevole tipico delle originarie, primordiali battaglie per migliorare, già agli inizi del '900, le condizioni di vita degli animali. Peter Singer è un filosofo australiano, autore del celebre testo "Liberazione animale", che fa leva sulla capacità degli animali di soffrire per farne discendere il nostro dovere di sottrarli da ogni forma di inflizione del dolore². Tom Regan è un filosofo statunitense, che ha concentrato la sua attenzione sul fatto che ogni animale non solo può provare dolore, ma è "soggetto di una vita", la quale ha valore di per sé³, e su questo approccio di tipo giusnaturalista ha fondato la sua etica di rispetto per tutti gli animali "al di là di qualsiasi discriminazione"⁴.

Nel libro "*I diritti animali*", Regan fornisce una definizione dei "soggetti di una vita": «*Gli individui sono soggetti-di-una-vita se hanno credenze e desideri, percezione, memoria, senso del futuro, una vita emozionale, nonché sentimenti di piacere e dolore, interessi-preferenze e interessi-benessere, capacità di dare inizio all'azione in vista della gratificazione dei propri desideri e del conseguimento dei propri obiettivi, identità psicofisica nel tempo, e benessere individuale nel senso che la loro esperienza di vita è per loro positiva o negativa in termini indipendenti dalle loro utilità per altri e dal loro essere oggetto di interesse per chiunque altro*».

Entrambi questi pensatori, dunque, per estendere agli animali la considerazione morale, hanno fatto appello a caratteristiche che appartengono all'essere umano, e per questo si sono esposti a critiche di velato antropocentrismo, recentemente formulate dagli esponenti del cosiddetto antispecismo di seconda generazione, movimento culturale che si propone di scardinare dalle fondamenta la separazione sempre in qualche modo postulata tra l'essere umano e gli altri animali⁵.

Personalmente credo che il problema di fondo della tendenza a considerare l'uomo al centro di ogni tipo di interesse sia dovuto al fatto che a tutt'oggi non abbiamo ancora metabolizzato la profonda rivoluzione culturale che ci è stata consegnata dalle intuizioni, tutte confermate, di Charles Darwin. Ancora oggi, invero, non abbiamo ben chiare le implicazioni della nostra appartenenza al regno animale.

La conferma più lampante di quanto sto affermando la si rinviene nel continuo (e giustificabile) riferimento che gli stessi animalisti fanno alla qualità di "esseri senzienti" posseduta dagli animali, ora sancita anche dal Trattato di Lisbona, il quale impone agli Stati membri dell'Unione Europea di tenere conto di questa

¹ Enpa, Sintesi della relazione di Ernesto Eula sul tema "Doveri degli uomini e diritti degli animali", Grafica Artigiana, Roma, 1961, p. 5.

² P. Singer, *Liberazione animale* (1975), Il Saggiatore, Milano, 2003.

³ T. Regan, *The Case for Animal Rights*, edito in Italia nel 1990 da Garzanti con il titolo "*I diritti animali*".

⁴ F. Reseigno, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 60.

⁵ Cfr. Claude Levi-Strauss, *Lo sguardo da lontano*, Il Saggiatore, Milano, 2010.

caratteristica degli animali (quella, per l'appunto, di provare sensazioni) quando vengono adottate leggi che in qualche modo li riguardano. La domanda che mi viene spontanea è la seguente: ma davvero siamo ancora a questo punto? Davvero, ancora oggi, nell'anno di grazia 2019, dobbiamo ricordare a noi stessi che gli animali sono "esseri senzienti"? Ma già Bentham nel lontano 1789 diceva che «la domanda non è: "possono ragionare?" né "possono parlare?" ma "possono soffrire?"»⁶. E dunque, ripeto: siamo ancora a questo punto? Dov'è quel meccanismo inceppato nel ragionamento sui diritti degli animali che ci costringe a ricercare un appiglio (l'essere l'animale "senziente", ovvero "soggetto-di-una-vita") per concedere agli animali una tutela giuridica?

La risposta a queste domande, come spesso accade, è talmente banale da essere al contempo anche sfuggibile. Il fatto è che quando pensiamo agli animali, facciamo fatica a ricomprendere gli umani in questa categoria, e questo atteggiamento mentale non riguarda solo la maggioranza delle persone che non sono appassionate alle tematiche animaliste, ma gli stessi difensori dei diritti degli animali.

Faccio un esempio che spero sia da solo sufficiente a chiarire il concetto che sto cercando di esporre. Come noto, il 15 ottobre 1978 presso la sede dell'UNESCO a Parigi è stata sottoscritta da diverse associazioni animaliste la Dichiarazione universale dei diritti dell'animale. In realtà, leggendo il testo, ci si accorge agevolmente che esso, più che sancire i "diritti dell'animale", si propone di dare indicazioni finalizzate a indurre gli uomini ad un comportamento di rispetto verso l'ambiente e gli animali, ma è assolutamente netta la separazione tra l'uomo e gli altri animali. All'articolo 2 si legge: "Ogni animale ha diritto alla considerazione, alle cure e alla protezione dell'uomo"; all'articolo 3 si legge: "Se la soppressione di un animale è necessaria, deve essere istantanea, senza dolore, né angoscia"; all'art. 9 si legge: "Nel caso che l'animale sia allevato per l'alimentazione, deve essere nutrito, alloggiato, trasportato e ucciso senza che per lui ne risulti ansietà e dolore"; all'art. 10 si legge: "Nessun animale deve essere usato per il divertimento dell'uomo". È talmente evidente che il termine "animali" sta ad indicare gli animali diversi dall'uomo che in questo senso deve essere interpretato certamente anche il primo articolo della dichiarazione, e cioè quello che recita: "Tutti gli animali nascono uguali davanti alla vita e hanno gli stessi diritti all'esistenza". Nessuno avrà mai messo in dubbio che la preoccupazione delle associazioni firmatarie del documento era, per l'appunto, quello di affermare il diritto alla vita per gli animali diversi dall'uomo. D'altro canto, i diritti umani erano già stati sanciti trent'anni prima con la Dichiarazione adottata, sempre a Parigi, dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, il cui primo articolo, significativamente, recita: "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti".

Ma il punto è proprio questo: se l'uomo fa parte del regno degli "animali" (e su questo non vi è dubbio), i casi sono due: o il titolo della Dichiarazione del '78 deve essere modificato in "Dichiarazione universale dei diritti degli animali diversi dall'uomo" ovvero, come a me piacerebbe, occorrerebbe una rivisitazione dell'intero impianto che tenga conto del fatto che l'uomo rientra nel regno degli animali, e dunque una Dichiarazione Universale dei diritti di questi ultimi deve essere concepita trovando un minimo comune denominatore dei diritti di tutti gli animali, uomini compresi. Ecco, allora, che il primo articolo della Dichiarazione del '78, e cioè quello che recita: "Tutti gli animali nascono uguali davanti alla vita e hanno gli stessi diritti all'esistenza" assumerebbe tutta un'altra luce, perché sancirebbe un principio finalmente comune a tutti gli animali, compresi gli uomini. E non avrebbe più senso chiudere la predetta Dichiarazione con la formula, peraltro assai ambigua, contenuta nell'art. 14, secondo cui "i diritti dell'animale devono essere difesi dalla legge come i diritti dell'uomo". Spero di avere chiarito sufficientemente il concetto: se l'uomo fa parte (come fa parte) del regno animale, non ha senso giustapporre i "diritti dell'animale" ai "diritti dell'uomo". I diritti di quest'ultimo, benché più articolati, devono essere considerati un sottoinsieme di quelli, più generali, che riguardano tutti gli animali.

In questo senso, il titolo della mia tesi di laurea di venti anni fa, "Il diritto degli animali", finalmente può suonare bene anche dal punto di vista giuridico: perché con tale espressione non ci stiamo più riferendo al "diritto degli altri animali", ma a principi giuridici che riguardano tanto gli uomini quanto gli altri animali.

Mi perdoneranno i cultori del diritto romano se ricorro ad una analogia non perfettamente calzante, ma che può meglio chiarire - al termine di un ragionamento che mi propongo di delineare brevemente - quanto sto affermando e che può dare un nuovo contenuto alla nozione di *ius animalium* elaborata da Henry Salt alla fine dell'800⁷. Ad un certo punto dello sviluppo dei traffici commerciali dell'antica Roma, quando a Roma si riversarono mercanti da ogni città del mondo conosciuto, si pose il problema del diritto applicabile alle controversie che non riguardavano i cittadini romani (*cives*) tra loro, bensì che insorgevano tra i *cives* e i *peregrini* (gli stranieri), ovvero tra i *peregrini* nei loro rapporti l'uno con l'altro. Lo *ius civile*, invero, era stato

⁶ J. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789) Utet, Torino, 1998, pp. 421-422.

⁷ Cfr. H. S. Salt, *I diritti degli animali*, ESI, Napoli, 2015.

elaborato solo per i *cives romani* e dunque si doveva fare ricorso ad altre regole. Venne così elaborato lo *ius gentium*, cioè l'insieme l'insieme di regole che aveva la sua fonte nella *naturalis ratio* e che veniva osservato in eguale misura tra tutti i popoli. Le controversie tra *cives* e *peregrini* o tra questi ultimi tra loro divennero poi così frequenti nella prassi giudiziaria che nel 242 a.C. venne creato un secondo *praetor*, il cd. *praetor peregrinus*, che iniziò ad affiancare quello già esistente, che assunse il nome di *praetor urbanus*. Con il passare dei secoli, le norme codificate del *praetor peregrinus* furono applicate anche ai rapporti tra i *cives*.

Ebbene, tornando al rapporto con gli altri animali, è agevole constatare come il nostro ordinamento (e lo stesso vale per quello degli altri Stati) sia stato elaborato dall'uomo ed è finalizzato a regolamentare le vicende umane o che attingono gli interessi dell'essere umano (un po' come i cittadini romani avevano costruito lo *ius civile* per regolare solo i rapporti tra i *cives*).

La persona fisica (ai fini della nostra disamina non interessano né le persone giuridiche né gli enti che rilevano nel diritto internazionale) acquista la qualità di soggetto di diritto con la sua nascita e la perde con la sua morte. Dunque, per il solo fatto di essere nato, un essere umano è considerato dall'ordinamento un soggetto di diritto. La soggettività giuridica, che implica la possibilità di essere parte di rapporti giuridici e quindi di essere destinatario delle norme dello stesso ordinamento, è correlata alla capacità giuridica, cioè alla idoneità a essere titolare di situazioni giuridiche soggettive, ma non alla capacità di agire, che è la capacità di un soggetto giuridico di porre in essere atti giuridici validi. Anche chi è incapace di agire può essere un soggetto di diritto.

Dunque, non vi sarebbe alcun ostacolo di tipo giuridico al riconoscimento della qualità di soggetti di diritto a tutti gli animali sin dalla nascita⁸. Semplicemente, questa qualità dovrebbe essere loro riconosciuta con una norma positiva, magari di rango costituzionale⁹, senza bisogno di ricercare un fondamento che accumini a noi uomini gli altri animali (la capacità di provare dolore ovvero l'essere "soggetti-di-una-vita"). Così come finora questa qualità è stata attribuita in modo assiomatico solo agli esseri umani, allo stesso modo dovrebbe essere attribuita a tutti gli animali, per il solo fatto di essere nati tali. Se è giustificabile che gli uomini abbiano concepito sinora le norme giuridiche come finalizzate a regolare le sole vicende umane, oggi è innegabile che alcuni diritti fondamentali debbano essere assicurati a tutti gli animali in quanto appartenenti al regno animale, di cui fa parte anche l'uomo, ed è questa la nuova accezione che propongo di *ius animalium* (una sorta di *ius gentium* che però riguarda non le regole comuni tra i popoli, ma quelle che riguardano tutti gli animali, uomini compresi). Ovviamente si tratterebbe di una limitata serie di diritti della personalità (come il diritto alla vita e alla non sofferenza)¹⁰ e certamente non di diritti soggettivi di cui gli altri animali non saprebbero cosa fare¹¹.

Gli ostacoli, ovviamente, sono di tipo pratico e politico. Sancire la soggettività giuridica degli animali significa creare enormi problemi sulla legittimità degli allevamenti e dell'alimentazione a base di carne, della caccia, della sperimentazione animale e di tutte quelle attività che sono oggi tollerate dal nostro ordinamento e da quello degli Stati più evoluti al mondo¹².

Ma, allo stesso tempo, il mancato salto di qualità dei nostri ordinamenti verso questo tipo di riconoscimento comporta delle implicazioni che sono comunque passibili di critiche, sia dal punto di vista teorico che pratico.

⁸ Sul piano morale è stata ampiamente ripresa nella letteratura animalista la teoria dei "casi marginali" di Peter Singer, secondo cui sono comunemente inclusi nella sfera dei pazienti morali anche gli uomini privi di raziocinio, autocoscienza o autodeterminazione, come i neonati, i cerebrolesi, le persone in coma. Dal punto di vista giuridico, utilizzando lo schema dei "casi marginali", si è sostenuto che gli esseri umani potrebbero tutelare gli interessi degli animali, privi di capacità giuridica, o di una parte di essi, come avviene per le persone affette da gravi deficit mentali. Cfr. sul punto, *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, a cura di S. Castagnone, Il Mulino, Bologna, 1988, p. 18.

⁹ Vi sono previsioni sulla tutela degli animali nella Costituzione della Svizzera (art. 78, 79 e 80), analogamente a quanto disposto da alcune costituzioni cantonali (art. 31 della Costituzione del Cantone di Berna, art. 103 della Costituzione del Cantone di Zurigo). Parimenti, l'art. 20 del *Grundgesetz* indica la protezione degli animali tra le finalità dell'azione dello stato tedesco, analogamente a quanto disposto dalle costituzioni dei Länder (art. 31 della Costituzione di Berlino e art. 6 b della Costituzione della Bassa Sassonia), ma tali previsioni non ancora riconoscono una soggettività giuridica agli animali. In Italia è attualmente ferma la proposta di riforma dell'art. 9 della Costituzione, finalizzata ad integrare il testo del predetto articolo con la previsione che la Repubblica "protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali". In ogni caso, anche qualora venisse approvata tale riforma, saremmo comunque molto lontani dal riconoscimento di una soggettività giuridica in capo agli animali.

¹⁰ Secondo alcuni autori, è possibile riconoscere una sorta di capacità giuridica in capo agli animali purché non in modo generico ma solo in relazione a situazioni concrete (cfr. A. Somma, *Lo Status dell'animale*, in G. Alpa (a cura di), *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, 469).

¹¹ Una disamina accurata di tali diritti della personalità in capo agli altri animali è svolta da Francesca Rescigno (*I Diritti degli animali. Da res a soggetti*, Giappichelli Editore) in un'ottica di bilanciamento con gli interessi umani.

¹² Anche nell'antichità non sono mancate le voci discordanti dal coro dei sostenitori della supremazia dell'uomo sugli altri animali. Ad esempio, Plutarco riteneva che l'uccisione degli animali a scopo di nutrimento fosse una "gran crudeltà" se non motivata da uno stato di "necessità" (cfr. Plutarco, *Del mangiare carne*, in *Opuscoli morali*, Firenze, 1820).

Dal punto di vista teorico, appare evidente che la soggettività giuridica o c'è oppure non c'è, *tertium non datur* (anche se alcuni giuristi hanno provato a sostenere la configurabilità di forme di soggettività di grado minore, ma con tesi non convincenti). Pertanto, non riconoscere la soggettività agli animali vuol dire automaticamente tenerli ancora relegati nello *status* giuridico delle cose (*res*), benchè con la peculiarità di essere capaci di provare dolore. Si tratterebbe, dunque, di "cose senzienti", ed ecco che ritorna l'inquietante interrogativo: dai tempi di Bentham ad oggi è davvero cambiato così poco? Se è vero che le società moderne sono pronte a superare la visione degli animali come mere cose, le norme di diritto positivo non possono che concedere a tutti gli animali la cittadinanza nel mondo dei "soggetti di diritto".

Da un punto di vista pratico, poi, il mancato riconoscimento della soggettività giuridica agli animali rischia di aprire un lungo periodo di stagnazione nelle battaglie a tutela dei loro diritti, perché siamo ormai giunti ad un punto in cui la normativa che li riguarda, benchè disorganica e bisognosa di una codificazione organica¹³, non è passibile di grandi miglioramenti. La lotta alle zoomafie, allo sfruttamento degli animali negli allevamenti intensivi o negli spettacoli ludici, e tutte le altre attività di ingiustificabile sfruttamento degli animali potrà ricevere impulso solo dal predetto riconoscimento, che sarà certamente foriero di problemi applicativi ma aprirà una nuova frontiera nel campo della tutela animale che sta per diventare una priorità a livello globale sotto tutti i punti di vista, compreso quello della sopravvivenza dell'uomo sulla Terra¹⁴. L'insostenibilità e la crudeltà degli allevamenti intensivi ha ormai raggiunto livelli tali da rendere solo pionieristico il saggio-denuncia intitolato "*Animal Machines*" (1964), con cui la scrittrice Ruth Harrison metteva in evidenza gli aspetti negativi legati a queste modalità di allevamento degli animali.

Le norme sulla tutela del benessere animale dunque non reggono l'urto dei cambiamenti che sono intervenuti negli ultimi decenni sull'impiego della vita animale per la produzione di beni, soprattutto alimentari, ad uso e consumo umano, ed occorre superare la stagione cosiddetta "welfarista" attraverso una fondazione in senso giuspositivista della tutela dei diritti di ogni animale, a partire dal riconoscimento di una soggettività giuridica per ogni appartenente al regno animale¹⁵.

Occorre dunque arrivare ad un'ampia revisione anche delle tradizionali categorie giuridiche che, persino nei programmi di insegnamento universitari, continuano a concentrare l'attenzione sulla ripartizione tra diritto pubblico e privato, tra diritto civile e penale, e relegano materie come il diritto all'ambiente ad una materia di contorno buona per qualche esame complementare e la materia del diritto degli animali ancora oggi come una sorta di stravaganza giuridica.

Se le vicende pubbliche e private incidono su temi ambientali che riguardano l'intero globo, e se i principi di sostenibilità devono costituire la bussola dell'agire di uomini, imprese e Stati, sarebbe il caso di capire che la materia del diritto dell'ambiente dovrebbe essere vista come sovraordinata a tutte le altre, e farne ampio oggetto di studio e migliorarne la codificazione a livello internazionale. All'interno del cerchio più ampio della materia ambientale, dovrebbe trovare spazio la tutela degli animali, con norme che valgono per tutti gli animali, uomini compresi. Le nostre umane vicende, poi, continueranno a essere regolate dalle norme che finora hanno catturato la quasi totalità della nostra attenzione negli studi giuridici e nella prassi applicativa.

Occorre dunque un totale rovesciamento di prospettiva, mediante la presa di coscienza, non solo in astratto, ma in concreto, che gli esseri umani non sono al centro del mondo e che le norme che riguardano le nostre vicende umane dovrebbero essere un sottoinsieme di quelle, sovraordinate, che tutelano l'ambiente e la vita animale su questo pianeta.

Questa totale rivisitazione dell'approccio culturale e giuridico relativo al rapporto uomo-ambiente e uomo-altri animali dovrebbe riguardare anche il modo in cui si intendono portare avanti, oggi, le istanze animaliste. Invero, ha in gran parte perso la spinta propulsiva l'impostazione basata sul richiamo analogico alle istanze di emancipazione dei gruppi umani discriminati (schiavi, neri, donne) su cui è basata buona parte dell'animalismo contemporaneo, e che anche in tale modo ha "umanizzato" gli animali incentivando quell'impostazione antropocentrica che paradossalmente si proponeva di contestare (anche se continua a suscitare fascinazione il concetto dell'*expanding circle* elaborato da Peter Singer, il cerchio della considerazione morale, sociale e giuridica che dopo aver consentito di superare - almeno in astratto - la stagione dello schiavismo, del razzismo, del sessismo, vuole ora ricomprendere al proprio interno tutti gli animali magari arrivando ad includere ogni forma di essere vivente).

¹³ Cfr. M. Santoloci, *In nome del popolo maltrattato. La tutela giuridica degli altri animali*, Satyagraha, Torino, 1990.

¹⁴ Cfr. sul punto Valerio Pocar, *Gli animali non umani. Per una sociologia dei diritti*, Laterza, pp. 103-104.

¹⁵ Sulla dicotomia tra *welfarism* e *rightism* animale, cfr. M. Tallacchini, *Appunti di filosofia della legislazione animale*, in *Per un codice degli animali*, Milano, Giuffrè, 2001.

Il pericolo di questa latente “umanizzazione” degli animali è stato ben evidenziato da Luisella Battaglia, la quale ha affermato: “rispettare qualcuno solo nella misura in cui è simile a noi è una concezione ben misera del rispetto”¹⁶. Tuttavia, Luisella Battaglia, nell’auspicare un’etica interspecifica fondata sulla “diversità” anziché sull’“assimilazione”¹⁷, non risolve il problema del fondamento etico e giuridico della tutela da assicurare agli animali. Ed invero, anche se è suggestivo affermare che occorre imparare a rispettare ciò che è “diverso”, è innegabile che il fondamento della tutela deriva poi sempre da un’assimilazione, in quanto occorre sottoporre situazioni simili a regole simili. Il passaggio che ritengo ancora una volta mancante riguarda la direzione dell’assimilazione: non è corretto dire che loro (gli altri animali) sono simili a noi (gli uomini), ma, al contrario, siamo noi (gli uomini) che siamo simili a loro (gli altri animali), appartenendo allo stesso regno animale.

Si potrebbe obiettare che agli altri animali non interesserebbe affatto essere sottoposti a norme giuridiche, che non esistono in natura, e che comunque gli uomini dagli animali non possono esigere alcuna conformazione alle norme di un ordinamento positivo. Ma il fatto è che il diritto positivo comunque ha ad oggetto anche la vita animale e l’evoluzione dei nostri rapporti con gli altri animali, allo stato attuale, non può essere fermo alle nozioni di questi ultimi come mere cose “senzienti”, per i motivi che ho sopra illustrato. Anche il tradizionale contrasto tra leggi di natura e leggi morali e giuridiche può essere risolto con le teorie evoluzionistiche. Darwin riteneva che anche l’impulso alla considerazione etica è sottoposto alle leggi dell’evoluzione e ipotizzava che la morale potesse superare i confini della specie umana per includervi tutti gli animali¹⁸. Allo stesso modo, la soggettività giuridica può e deve superare i confini della specie umana ed essere estesa a tutti gli animali.

A questo punto, nella piena consapevolezza di avere già “osato” molto con questo scritto vorrei concludere il mio lavoro con un riferimento a una teoria, né etica né giuridica, ma a mio avviso intimamente connessa con le tematiche di cui ho parlato e rivoluzionaria tanto quanto la teoria evoluzionistica. È la teoria della *spread mind*, un’evoluzione del modello della “mente estesa” proposto dai filosofi David Chalmers e Andy Clark nel 1998, secondo cui la nostra coscienza, la nostra mente, da sempre supposta all’interno del nostro corpo, sia fuori da esso e sia costituita da tutto ciò che fisicamente ci circonda e che esiste in relazione a noi. Si tratta di una teoria propugnata da Riccardo Manzotti¹⁹, che contribuisce ad aprire nuovi scenari, filosofici, etici e scientifici, anche sul nostro rapporto con l’ambiente e con gli altri animali, nel senso di una sempre maggiore consapevolezza della nostra interconnessione con tutto ciò che fino a ieri è stato ritenuto “altro” rispetto all’uomo e che può portare, in futuro, ad ulteriori spunti di riflessione etica e giuridica su queste tematiche.

Michele Pezone

¹⁶ Luisella Battaglia, *Etica e diritti degli animali*, Edizioni Laterza, p. 57.

¹⁷ Cfr. Giulia Guazzaloca, *Primo: non maltrattare*, Edizioni Laterza, p. 181.

¹⁸ Cfr. *Animali non umani: responsabilità e diritti. Un percorso storico-filosofico*, a cura di Barreca, Unicopli, Milano, 2003, pp. 9 e ss.

¹⁹ Cfr. Manzotti, *The Spread Mind. Why Consciousness and World are one and the same*, OR Books, 2017.

II
Giurisprudenza

Giurisprudenza civile

Corte d'Appello di L'Aquila – sent. 24 giugno 2019, n. 1115

Fondo Patrimoniale – Valutazione sussistenza bisogni della famiglia – Verifica della sussistenza dello sviluppo della famiglia – Necessità di verifica caso per caso – Automatismi – Esclusione

La valutazione di estraneità o meno di un determinato debito ai bisogni della famiglia deve essere compiuta di volta in volta con riferimento specifico al fatto generatore dell'obbligazione («la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio»), a prescindere dalla natura della stessa, e tenendo conto che i bisogni della famiglia vanno intesi non in senso meramente oggettivo, ma come comprensivi anche dei bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione dell'indirizzo della vita familiare e del tenore prescelto, in conseguenza delle possibilità economiche familiari. (1)

Il criterio identificativo dei debiti per i quali può avere luogo l'esecuzione sui beni del fondo va ricercato nella relazione tra il fatto generatore della obbligazione e i bisogni della famiglia, dovendosi accertare che l'obbligazione sia sorta per il soddisfacimento dei bisogni familiari, nel cui ambito vanno incluse le esigenze volte al pieno mantenimento ed all'univoco sviluppo della famiglia ovvero al potenziamento della capacità lavorativa dei suoi componenti, e non invece per esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi. (2)

Il collegamento causale tra debito ed attività professionale o d'impresa del coniuge conferente non è, di per sé, idoneo ad affermare o negare l'inerenza o l'estraneità dell'obbligazione ai bisogni della famiglia, dovendosi a tale fine esaminare le particolari caratteristiche della situazione concreta, sia in relazione alla specifica impresa, sia in relazione alla specifica famiglia. (3)

(omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. La sentenza appellata, accogliendo parzialmente le domande proposte dagli odierni appellati (rigettate limitatamente a quella di risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c.), ha ordinato la cancellazione della ipoteca giudiziale iscritta il 24/2/2016, a garanzia di un credito della s.p.a. banca (omissis) (successivamente ceduto alla spa (omissis) Gestione Crediti e quindi alla s.r.l. (omissis), intervenuta nel giudizio ex art. 111 c.p.c. per il tramite del procuratore speciale s.p.a. (omissis)) risultante da decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo (emesso nei confronti dei fideiussori della s.r.l. (omissis)), su immobile di proprietà di (omissis) conferito nel fondo patrimoniale costituito dal (omissis) e dalla moglie (omissis) con atto pubblico del (omissis) , trascritto nei registri immobiliari il omissis e annotato a margine dell'atto di matrimonio il omissis. Ha, inoltre, condannato «il convenuto» a rimborsare le spese processuali in favore degli attori.

1.1. La sentenza ha esplicitato le ragioni della decisione dichiarando, anzitutto, di aderire – tra i diversi orientamenti rinvenibili nella giurisprudenza di legittimità – a quello espresso da Cass. 3600/2016 «favorevole all'odierno attore» e rilevando, in secondo luogo, la mancata dimostrazione, da parte della «banca» della inerenza del debito fideiussorio assunto dal T. ai bisogni della famiglia, «risultando apodittica l'affermazione di stare utilizzando schermo societario».

2. Ha proposto appello la s.r.l. (omissis) rappresentata, per chiedere il rigetto della domanda accolta dalla sentenza impugnata, (omissis)

3. Si sono costituiti gli appellati che hanno resistito al gravame chiedendone il rigetto.

4. Ritiene questa Corte che l'appello sia, nonostante la parziale erroneità della motivazione della sentenza impugnata, infondato, non potendo pervenirsi alla riforma della sentenza medesima nei termini perorati dall'appellante.

(omissis)

5. Si tratta, peraltro, di motivazione che resiste alle critiche mosse dall'appellante con il secondo motivo di gravame, alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale che ha condotto al consolidamento del principio (comunque condiviso da questa Corte) secondo cui l'art. 170 c.c., nel disciplinare le condizioni di ammissibilità dell'esecuzione sui beni costituiti nel fondo patrimoniale, detta una regola applicabile anche all'iscrizione di ipoteca non volontaria su beni appartenenti al coniuge o al terzo conferiti in fondo patrimoniale, iscrizione che, pertanto, può ritenersi legittima solo se il debito garantito sia stato contratto per uno scopo non estraneo ai bisogni familiari ovvero - nell'ipotesi contraria - se il titolare del credito stesso non fosse a conoscenza di tale estraneità, dovendosi ritenere, diversamente, illegittima l'eventuale iscrizione comunque effettuata (si vedano, tra altre, oltre a quella citata dalla sentenza impugnata, Cass. 23876/2015, 1652/2016, 22761/2016, ord. 8881/2018; ord. 20998/2018; ord. 7497/2019; 15459/2019). A tale estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 170 c.c. non osta - secondo la giurisprudenza appena ricordata - la circostanza che l'ipoteca non è un atto di espropriazione forzata o un atto esecutivo vero e proprio, rappresentando comunque un atto preordinato e strumentale all'espropriazione immobiliare.

6. Il terzo motivo di appello, pur astrattamente fondato, non può comunque condurre alla riforma della sentenza impugnata ed al rigetto della domanda con essa accolta.

6.1. Coglie nel segno l'appellante laddove richiama il consolidato principio (derivante peraltro dalla chiara - sul punto - lettera dell'art. 170 c.c.) secondo cui grava, in ogni caso, sul debitore che intenda avvalersi del regime di segregazione dei beni costituiti in fondo patrimoniale l'onere di provare non soltanto la regolare costituzione del fondo e la sua opponibilità al creditore che procede, ma anche i due presupposti di applicabilità di tale regime: quello oggettivo, costituito dall'estraneità del debito per il quale si procede dal novero di quelli contratti per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, e quello soggettivo (la cui dimostrazione potrà essere affidata anche a presunzioni semplici: Cass. 4011/2013; 15886/2014), costituito dalla consapevolezza, in capo al creditore, di detta estraneità.

Erronea è, dunque, la sentenza impugnata laddove addossa invece al creditore l'onere di fornire la prova dell'inerenza del debito ai bisogni della famiglia e dal rilievo della mancanza di prova in tale senso trae la conclusione della fondatezza della domanda di accertamento della illegittimità dell'iscrizione ipotecaria.

6.2. Tuttavia, poiché gli appellati hanno in questa sede riproposto le argomentazioni già svolte in primo grado ed hanno riprodotto i documenti già versati agli atti in quella sede al fine di assolvere l'onere probatorio a loro carico, questa Corte non si può esimere dal relativo esame, il quale - come si vedrà - conduce al positivo riscontro della prova della estraneità del credito garantito dalla ipoteca rispetto alla soddisfazione dei bisogni della famiglia (*omissis*) e della conoscenza di tale estraneità in capo al creditore (da intendersi quale Banca *omissis*, originario titolare del credito medesimo).

7. Va premesso che, secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità, la valutazione di estraneità o meno di un determinato debito ai bisogni della famiglia deve essere compiuta di volta in volta con riferimento specifico al fatto generatore dell'obbligazione («la fonte e la ragione del rapporto obbligatorio»), a prescindere dalla natura della stessa, e tenendo conto che i bisogni della famiglia vanno intesi non in senso meramente oggettivo, ma come comprensivi anche dei bisogni ritenuti tali dai coniugi in ragione dell'indirizzo della vita familiare e del tenore prescelto, in conseguenza delle possibilità economiche familiari. Il criterio identificativo dei debiti per i quali può avere luogo l'esecuzione sui beni del fondo va, quindi, ricercato nella relazione tra il fatto generatore della obbligazione e i bisogni della famiglia, dovendosi accertare che l'obbligazione sia sorta per il soddisfacimento dei bisogni familiari, nel cui ambito vanno incluse le esigenze volte al pieno mantenimento ed all'univoco sviluppo della famiglia ovvero al potenziamento della capacità lavorativa dei suoi componenti, e non invece per esigenze di natura voluttuaria o caratterizzate da interessi meramente speculativi (così, ad esempio, Cass. 3738/2015). In tale prospettiva, il collegamento causale tra debito ed attività professionale o d'impresa del coniuge conferente non è, di per sé, idoneo ad affermare o negare l'inerenza o l'estraneità dell'obbligazione ai bisogni della famiglia, dovendosi a tale fine esaminare le particolari caratteristiche della situazione concreta, sia in relazione alla specifica impresa, sia in relazione alla specifica famiglia.

7.1. Nel caso di specie sono, anzitutto, pacifiche e documentate la validità e l'opponibilità all'odierna appellante del fondo patrimoniale, costituito sin dal 2005 con atto pubblico trascritto nei registri immobiliari ed annotato a margine dell'atto di matrimonio dei costituenti (e, va aggiunto, non fatto oggetto - nel termine di prescrizione quinquennale - di azione revocatoria da parte della banca *omissis*, nonostante l'antiorità, rispetto alla costituzione del fondo, della fideiussione omnibus fonte del debito di (*omissis*) per la cui garanzia specifica è stata iscritta l'ipoteca qui in discussione).

7.2. Risulta, poi, *per tabulas*, che la fideiussione appena ricordata (fatto generatore del debito del coniuge

conferente) è stata concessa da T. nel 1998 (e poi ribadita successivamente) a garanzia dei debiti presenti e futuri verso la banca (*omissis*) della s.n.c. di (*omissis*), trasformata nel 2005 in s.r.l. (*omissis*). In tale società (sia prima che dopo la trasformazione) (*omissis*) ricopriva esclusivamente la veste di socio (illimitatamente responsabile per i debiti contratti fino alla trasformazione), ma non anche di amministratore (come emerge dalla visura storica camerale prodotta dalla stessa appellante) ed era alla stessa legato, sin dal 1997 e senza soluzione di continuità nel corso del tempo, da rapporto di lavoro subordinato (come può evincersi dall'estratto conto contributivo prodotto dagli appellati, dal quale risultano anche le retribuzioni annue percepite, evolute dagli iniziali € 14.150,40 fino ad € 38.000,00 circa).

7.3. Una prima conclusione cui può, quindi, giungersi è che l'obbligazione nei confronti della banca *omissis* non deriva da attività professionale o d'impresa svolta da (*omissis*) (il quale – pur socio illimitatamente responsabile – non è mai stato amministratore, ma sempre e solo dipendente della società nella quale deteneva partecipazioni), ma dalla garanzia dallo stesso prestata a favore di un'impresa collettiva, in qualità di socio della stessa. Deve, inoltre, constatarsi che l'attività svolta dall'impresa collettiva non costituiva – se non indirettamente e nei limiti degli utili distribuiti – fonte del reddito del (*omissis*) (rappresentata invece dal rapporto di lavoro che lo legava alla società) destinato anche alla soddisfazione dei bisogni della famiglia costituita nel 1997 a seguito del matrimonio con (*omissis*) e successivamente incrementata dalla nascita di due figli negli anni (*omissis*) e (*omissis*) (vedasi il certificato di stato di famiglia in atti).

7.4. E', infine, documentato (da estratto conto contributivo) che anche la sig.ra (*omissis*) abbia svolto sin dal 1994 attività lavorativa alle dipendenze di vari datori di lavoro percependo redditi che nel 1998 (anno in cui è sorta l'obbligazione di garanzia del marito) ammontavano ad oltre € (*omissis*) annui, anch'essi destinati alla soddisfazione dei bisogni della famiglia (all'epoca composta dai soli due coniugi).

7.5. Può, dunque, ritenersi accertato che la famiglia (*omissis*) disponesse, in particolare nel 1998 ma anche nel corso degli anni successivi, di risorse reddituali complessivamente idonee alla soddisfazione dei bisogni familiari, sicché lo scopo della fideiussione prestata dal (*omissis*) in favore della società della quale era socio e dipendente non può essere ravvisato (se non indirettamente e del tutto marginalmente) nell'esigenza di assicurare risorse reddituali da utilizzare per la soddisfazione di quei bisogni, bensì preminentemente in quella di preservare ed eventualmente incrementare il valore della propria partecipazione societaria, rispondendo quindi ad un interesse essenzialmente speculativo.

7.6. L'appena rilevata estraneità dell'obbligazione fideiussoria rispetto ai bisogni familiari del (*omissis*) può, inoltre, dirsi (sia pure sulla scorta di presunzioni semplici) conosciuta dalla creditrice banca *omissis*, giacché la posizione societaria del debitore era attestata dalle risultanze del Registro delle Imprese e la banca disponeva altresì, richiedendone periodicamente l'aggiornamento (vedasi la missiva datata 4/9/2012 prodotta dagli appellati), della documentazione fiscale (comprensiva di CUD e cedolini stipendiali) dei soci garanti, dalla quale evincere come altre, rispetto alla partecipazione societaria, fossero le risorse reddituali a disposizione di T. per fare fronte ai bisogni della propria famiglia.

8. Alla luce delle considerazioni sin qui svolte deve constatarsi che gli odierni appellati hanno sufficientemente dimostrato la ricorrenza dei presupposti richiesti dall'art. 170 c.c. per fare valere il vincolo di destinazione impresso, con la costituzione del fondo patrimoniale, sui beni in esso compresi, tra i quali – pacificamente – quello gravato dalla ipoteca la cui cancellazione è stata – con statuizione che si rivela sostanzialmente corretta – ordinata dalla sentenza qui impugnata.

8.1. Va aggiunto che a conclusione diversa non possono condurre considerazioni tese ad affermare (più o meno fondatamente poco importa) il carattere fraudolento della costituzione del fondo patrimoniale, poiché esse attengono al momento genetico della segregazione patrimoniale e possono (e devono) essere fatte valere dai creditori anteriori ad esso mediante lo specifico strumento conservativo della garanzia patrimoniale generica offerto dall'azione revocatoria, che nella specie – come si è detto – la creditrice non ha utilizzato entro il termine di prescrizione quinquennale (ampiamente trascorso al momento della iscrizione ipotecaria qui in esame). In questa sede, invece, viene in rilievo il momento, successivo ed eventuale, dell'aggressione del singolo bene ricompreso in un fondo patrimoniale validamente ed efficacemente costituito e non fatto oggetto di tempestiva azione revocatoria. La legittimità o meno dell'aggressione esecutiva (o pre-esecutiva, come nella specie) va valutata sulla scorta dell'art. 170 c.c., che – come ben evidenziato dalla dottrina – non può essere inteso quale strumento volto a individuare e sanzionare atti di destinazione meramente strumentali e per ciò non meritevoli di tutela, ma quale norma che, riaffermando il principio generale della sottrazione dei beni conferiti all'aggressione dei creditori, sottolinea il legame che deve intercorrere tra i bisogni della famiglia e il vincolo di destinazione, nonché tra gli stessi e il credito che si intende porre in esecuzione sui beni del fondo.

(*omissis*)

9. L'appello va dunque rigettato, con conseguente condanna dell'appellante al rimborso, in favore solidale degli appellati, delle spese del grado, liquidate come in dispositivo in base ai parametri di cui al d.m. 55/2014 tenuto conto del valore indeterminabile della controversia e delle attività processuali effettivamente compiute, che non comprendono attività istruttoria.

9.1. A norma dell'art. 13, comma 1-quater, d.p.r. 115/2002, deve darsi atto della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte degli appellanti principale ed incidentali, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'appello interamente rigettato.

(omissis)

NOTA (1) (2) (3): SPUNTI DI RIFLESSIONE SUL FONDO PATRIMONIALE

Il caso

Un soggetto presta garanzia fideiussoria in favore dei debiti presenti e futuri contratti da una società (originariamente di persone) di capitali. Tale garanzia produceva effetto necessariamente in favore del creditore garantito, nella specie, un istituto di credito.

Tale garanzia personale era prestata fin dal 1998. Al momento della trasformazione da società di persone a società di capitali, nell'anno 2005, il fideiussore, "destinata" l'immobile adibito a residenza familiare sua della sua famiglia (moglie e due figli minori) ad un fondo patrimoniale all'uopo costituito.

L'istituto di credito rimaneva inerte e non proponeva alcuna azione revocatoria in questo senso nei termini quinquennali di prescrizione

Il fideiussore era anche socio della società che garantiva, ma non amministratore della stessa.

Evidentemente il fideiussore rimaneva successivamente inadempiente verso l'istituto di credito - creditore principale e, in ragione di ciò, si vedeva iscrivere ipoteca non volontaria proprio su quell'immobile che, anni prima aveva destinato al proprio fondo patrimoniale.

L'interrogativo è dunque: può oppure no un istituto di credito che non abbia tempestivamente azionato uno dei rimedi di conservazione delle garanzie patrimoniali (id est l'azione revocatoria) nei termini di prescrizione contro la destinazione al fondo patrimoniale dell'immobile adibito a residenza familiare, agire "esecutivamente" verso tale immobile "solo" nel momento in cui il fideiussore si è reso inadempiente verso il creditore garantito?

La corte di appello nega questa possibilità e ciò, correttamente, sulla base di alcune argomentazioni che sembrano essere ineccepibili.

Infatti, dice la Corte mancherebbero nel caso di specie "i due presupposti di applicabilità di tale regime: quello oggettivo, costituito dall'estraneità del debito per il quale si procede dal novero di quelli contratti per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia, e quello soggettivo (la cui dimostrazione potrà essere affidata anche a presunzioni semplici: Cass. 4011/2013; 15886/2014), costituito dalla consapevolezza, in capo al creditore, di detta estraneità".

Riflessioni

Come sempre accade tutto passa dall'esame della norma.

L'art. 170 c.c. statuisce: "L'esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può avere luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia"

La norma come si vede è redatta in senso doppiamente negativo. L'esecuzione (...) non può avere luogo per debiti (...) che il creditore conosceva essere (...) estranei ai bisogni della famiglia".

I due elementi oggettivo (scopo del debito) e soggettivo (ignoranza del creditore rispetto a quello scopo) devono concorrere (almeno così sembrerebbe) affinché l'esecuzione non abbia luogo. Quindi i due requisiti devono essere positivamente sussistenti affinché l'esecuzione possa avere luogo: un debito contratto per un bisogno della famiglia e la conoscenza di questo scopo da parte del creditore rimasto insoddisfatto.

La norma dunque prevede l'assenza di due elementi strutturalmente cumulativi (e non alternativi) necessari per impedire l'esecuzione sul bene destinato.

Infatti, dice la norma: l'esecuzione non si può avere luogo quando:

a. Il debito (rimasto inadempito) e che (dunque) giustificerebbe l'esecuzione è stato (originariamente) contratto per una finalità diversa dalla tutela dell'interesse familiare

b. *Il creditore (di quel debito) era ab origine consapevole del fatto che quel debito era stato contratto per una finalità diversa dalla tutela dell'interesse familiare*

Il che è logico.

È noto infatti che il debitore risponde del proprio adempimento (id est del proprio inadempimento derivante dal mancato o inesatto adempimento) con i beni (presenti o futuri) che formano il suo patrimonio (c.d. garanzia patrimoniale generica).

Il fondo patrimoniale ha la funzione di sottrarre a questa generica funzione di garanzia che assume il patrimonio di un qualunque debitore, uno o più specifici beni che vengono destinati ai c.d. "bisogni" della famiglia.

Tali beni dunque godrebbero di una "funzione" speciale, o, per dirla come l'art. 170 c.c. uno scopo proprio: quello di fare fronte ai bisogni della famiglia.

Questa specifica finalità che necessariamente deve essere soggettivamente presente al momento del conferimento nel fondo patrimoniale (conferisco il bene "X" in quanto - fase fisiologica di costituzione) rimarrebbe tale anche qualora una eventuale obbligazione sorta per fare fronte ad un bisogno familiare risultasse inadempita. Infatti il creditore insoddisfatto dal mancato adempimento dell'obbligazione di scopo (ossia l'obbligazione sorta per fare fronte ad un bisogno della famiglia del debitore) potrebbe agire in via esecutiva, anche (ma non solo) proprio e parallelamente sui beni che "genericamente" sono destinati alla sola finalità di soddisfare uno o più bisogni della famiglia del debitore. In una sorta di equazione ove: ad obbligazione familiare segue una esecuzione sui beni finalizzati a fare fronte i beni della famiglia.

Il che se ci si pensa ha una sua logica intrinseca. Anzi avrebbe una sua logica semplicemente perfetta se i piani fossero paritetici e cioè solo qualora l'obbligazione che sorge per una finalità data da un "bisogno" familiare fosse garantita, a sua volta, dal corrispondente patrimonio "familiare" "genericamente" costituito da quei soli beni che sono convogliati in un separato patrimonio - il fondo patrimoniale appunto - destinato solo a fare fronte ai bisogni della famiglia.

All'opposto per le obbligazioni sorti per finalità diverse dai bisogni della famiglia, il creditore insoddisfatto sarebbe "genericamente" garantito da un altro patrimonio, quello destinato (si fa per dire) ad esigenze diverse da quella dei bisogni familiari.

Tuttavia, è kafkiano pensare che il creditore "familiare" in caso di inadempimento alla sua pretesa creditoria sarà lui (e solo lui) libero di agire sia verso i beni all'uopo destinati a fare fronte ai bisogni della famiglia sia verso i beni che compongono il patrimonio altro del debitore, ossia quei beni che non sono confluiti nel fondo patrimoniale e che, dunque, non sono stati "unti" dalla nobile finalità familiare.

All'opposto il "povero" creditore "generico", potrà agire verso e solo il "patrimonio altro" ma non già verso il patrimonio destinato a fare fronte ai bisogni della famiglia.

Insomma proprio colui che dovrebbe essere il creditore più "umano" (quello che per ipotesi presta del denaro per fare fronte ad una costosa operazione chirurgica di un membro della famiglia) avrà davanti tutto, ma proprio tutto, il patrimonio del debitore "familiare", mentre quello meno umano (colui che ha prestato dei soldi per finalità diverse da quelle familiari) avrà davanti sé "qualche" limitazione esecutiva.

Ma non solo.

La norma come troppe volte accade nel nostro sistema, è redatta con il solito criterio della doppia negazione per affermare una sola regola (e non dunque una doppia regola)

Il creditore non può agire sui beni del fondo patrimoniale quando... il debito è stato contratto per uno scopo "non familiare" e di questo il creditore era anche a conoscenza.

Dunque, trasformando in positivo la norma, essa dovrebbe "suonare" più o meno così: il creditore può agire sui beni che costituiscono il fondo patrimoniale se l'obbligazione è sorta solo per finalità tese a fare fronte ai bisogni della famiglia e di ciò il creditore era a conoscenza.

Stando così le cose, sembrerebbe allora che una obbligazione sorta per fare fronte ai bisogni della famiglia, bisogni ignorati ab initio dal creditore, determinerebbe in capo a quest'ultimo una azione esecutiva sui beni destinati al fondo patrimoniale. Cosa che in realtà non è, poiché se l'essenza dell'istituto risiederebbe sulla costituzione di un vincolo "interno" al nucleo familiare per il soddisfacimento dei bisogni della famiglia¹, sarebbe illogico consentire ad un creditore che ignorava questa finalità di agire proprio su quei beni che dovrebbero avere una tutela esecutiva rafforzata"

¹¹ Cfr. L. PRINCIPATO, *Profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, 2015, § 4: «Lo scopo dell'istituto è quello di preservare gli interessi della famiglia verso l'esterno ma anche verso l'interno, ossia nell'ambito del gruppo familiare, operando una ponderazione e composizione dei potenzialmente contrapposti interessi di ciascuno dei familiari e della famiglia nel suo insieme. La supremazia dell'interesse della formazione sociale, rispetto a quello dei singoli, è di tutta evidenza».

Sembrerebbe, del pari, che una obbligazione sorta oggettivamente per finalità diverse dai bisogni della famiglia (del debitore) impedirebbe l'azione esecutiva del creditore e ciò anche qualora quest'ultimo avesse ritenuto – erroneamente – che l'obbligazione fosse sorta per fare fronte ai bisogni della famiglia del debitore. Il che è anche questo logico.

Il debito e la sua oggettiva finalità sono e rimangono tali indipendentemente dallo stato soggettivo del creditore. Pertanto se la finalità è oggettivamente estranea al bisogno della famiglia, l'erronea posizione soggettiva del creditore dovrebbe rimanere ininfluyente (per dirla come Rodolfo Sacco rappresentazione falsa o falsità della rappresentazione della situazione di fatto?).

Dunque perché operi la preclusione è oggettivamente necessario che l'obbligazione sia sorta per finalità diverse dai bisogni della famiglia e che il creditore insoddisfatto fosse a conoscenza di tale estraneità. Ma al contempo una obbligazione oggettivamente fuori dal "campo" dei bisogni della famiglia non potrebbe autorizzare il creditore ad agire sui beni costituenti il fondo patrimoniale, qualora egli abbia ritenuto colpevolmente sussistente una situazione di fatto (i bisogni della famiglia) in realtà oggettivamente insussistenti. La colpa del creditore non potrebbe ricadere in danno del debitore.

Diverso è se il debitore abbia dato causa a questa colpevole interpretazione, facendo cadere – dolosamente – in errore il creditore. Egli infatti, certo di essere doppiamente garantito sia dal patrimonio generico del debitore ma anche dal suo patrimonio "destinato" (id est il fondo patrimoniale) non potrebbe a sua volta subire un danno in ragione e causa di una condotta dolosa del debitore.

Accademica è infine il caso che vede il debitore credere colpevolmente che il proprio debito sia sorto per fare fronte ai bisogni della famiglia. Infatti, il bisogno della famiglia che colora geneticamente il sorgere della obbligazione o c'è o non c'è (salvo come appena visto l'ipotesi del fare preordinatamente credere da parte del debitore che ci sia questo bisogno quando in realtà questo bisogno mancherebbe oggettivamente).

D'altro canto, i patrimoni destinati non costituiscono affatto una deroga tout court alla responsabilità patrimoniale². Anche il creditore può, infatti, nutrire un interesse alla costituzione di un patrimonio separato del debitore, e destinato allo scopo specifico per il quale gli farà credito, così da potersi, se del caso, soddisfare in deroga alla par condicio creditorum posta dall'art. 2741 c.c. Dunque, piuttosto che derogare alla responsabilità patrimoniale, il patrimonio destinato ne comporta, da altra angolazione, un rafforzamento³ con riguardo a una particolare specie di creditori.

Marco Riario Sforza

² GENTILI, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Atti di destinazione*, a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro, in *Giur. it.*, 2016, 224.

³ Cfr. B. FRANCESCHINI, *Fondo patrimoniale e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2009, 20: «La dottrina dominante qualifica il fondo patrimoniale quale patrimonio separato, in quanto vi si riscontra la destinazione dei beni ad una determinata finalità (i bisogni della famiglia legittima) a fronte della quale l'ordinamento prescrive le modalità di amministrazione (art. 169 c.c. per gli atti dispositivi, che deroga all'art. 1379 c.c.) e consente una limitazione di responsabilità di tali beni e dei loro frutti nei confronti di alcuni creditori (quelli per debiti non contratti per bisogni della famiglia - art. 170 c.c. che deroga all'art. 2740 c.c.) con conseguente rafforzamento della garanzia patrimoniale a vantaggio dei creditori relativi alle obbligazioni che hanno causa nella destinazione».

Tribunale di Chieti, sent. 17 luglio 2019, n. 36, est. Valletta

Fallimento - Associazione - Modalità e natura dell'attività svolta - Valutazione da parte del giudice delegato - Prevalenza dell'attività commerciale sul fine istituzionale - Fallimento - Sussiste

(*omissis*)

È stato reso ricorso depositato in data 20/12/2018 per il fallimento della Associazione (*omissis*). Parte ricorrente indica e documenta poste creditorie - scaturenti da sentenze passate in cosa giudicata - per un ammontare di € 4.195.623,04. L'istante menziona e produce altresì (quale parte civile in procedimento penale: (*omissis*) documentazione della Guardia di Finanza che dà contezza di esposizioni debitorie dell'associazione "de quo" verso banca per oltre dieci milioni di euro e verso "Equitalia" per quasi quattro milioni di euro. Nel ricorso si argomenta in ordine all'esercizio di attività imprenditoriale da parte del convenuto, nei numeri ben preponderante rispetto all'attività istituzionale (statuto in atti: servizi resi agli studenti universitari per attività sportiva in genere): ed infatti su 144 atleti iscritti, ben 85 (e per altro remunerati) non sono studenti universitari; e non senza rilevare il ricorso massivo al credito bancario e gli oneri assunti per attività (c.d. "campus estivi") rivolta a soggetti estranei all'ambito universitario. L'associazione convenuta anzitutto nega sussistenza di poste debitorie verso l'Università ricorrente: infatti, a fronte di operazioni di compensazione, adduce parte residua a proprio debito per poco più di € 15.000,00. Indica anche pendenza di procedimento contenzioso (presso questo Tribunale) nel quale esso odierno convenuto ha azionato (verso l'ente qui istante) credito per oltre 53 milioni di euro. Il resistente ha poi negato di svolgere attività imprenditoriale, producendo relazione stragiudiziale che indicava i "ricavi commerciali" in misura pari al 1,69% dei ricavi totali (anno 2015), divenuti il 3,97% nel 2016 e azzeratisi (per condotte ritenute ostantive ascritte all'ateneo oggi qui ricorrente) nel 2017. Parte ricorrente ha - nel corso dell'istruttoria prefallimentare - documentato le attività del convenuto (*omissis*). Parte ricorrente ha - nel corso dell'istruttoria - anche eccepito nullità della procura rilasciata al legale di controparte dal Presidente dell'Associazione convenuta, anziché dal Consiglio direttivo, come da Statuto in atti. Ha poi contrastato la veridicità di alcune voci dei bilanci prodotti (*omissis*). Ha contestato la definitività di poste creditorie addotte dal convenuto, atteso trattasi di procedimenti ancora in corso, alcuni in primo grado. Con riferimento alla relazione stragiudiziale adottata dal convenuto, parte ricorrente ha evidenziato che essa si basa non già sulla contabilità, ma solo su prospetti "contabili" e su relazioni di revisori, nemmeno versata in atti (*omissis*). Osservava il collegio che - in forza dello statuto in atti - è il Consiglio direttivo del convenuto a decidere se o resistere o no al giudizio promosso contro l'associazione. Nella procura allegata alla memoria di costituzione (firmata dal legale rappresentante dell'associazione) non vi è menzione di detta delibera, né altrimenti documentata. Il collegio quindi utilizza la documentazione adottata dal convenuto in forza dei poteri istruttori d'ufficio. Ciò premesso, il Tribunale osservava: quanto alla esposizione debitoria essere un fatto che sussiste posta debitoria del convenuto verso l'attore - scaturente da sentenze passate in cosa giudicata - per un ammontare di € 4.195.623,04; non essere invece consolidata alcuna posta creditoria del convenuto verso l'odierno istante, non essendo peraltro consentito a questo Collegio valutazione prognostica sull'esito dei giudizi in corso, semmai a coltivarsi da parte del nominato curatore; esservi contezza di pignoramenti negativi e di poste debitorie del convenuto verso terzi per quasi oltre quindici milioni di euro; quanto alla natura commerciale della prevalente attività del convenuto: essere un fatto che su 144 atleti iscritti, ben 85 (e peraltro remunerati) non sono studenti universitari; e non senza rilevare il ricorso massivo al credito bancario e gli oneri assunti per attività (cd. campus estivi) rivolta a soggetti estranei all'ambito universitario; né convincono le scarse valutazioni rese da consulente stragiudiziale dell'associazione resistente, atteso che essa si basa non già sulla contabilità, ma solo su "prospetti contabili" e su relazione di revisori, nemmeno versata in atti, peraltro una contrapposta relazione stragiudiziale (*omissis*) dà ampia contezza delle criticità oggettive della valutazione resa dal consulente del qui resistente. In definitiva il collegio: acquisite le informazioni a mezzo delle cancellerie delle esecuzioni immobiliari e mobiliari, del Registro delle imprese, dell'Ufficio protesti e dell'Agenzia del territorio per i registri immobiliari; ritenuta la propria competenza territoriale, avendo il debitore sede nel Comune sede del circondario del Tribunale di Chieti; ritenuto che ricorrano i presupposti soggettivi ed oggettivi per far luogo alla dichiarazione di fallimento, atteso che: sussiste la natura di imprenditore commerciale del debitore; il debitore versa in stato

di insolvenza ex art. 5 legge fall., atteso che: 1. il credito del ricorrente – risultante da sentenze irrevocabili – ammonta ad oltre € 4.000.000,00; nè risultano crediti del convenuto in compensazione; 2. l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultante dalla documentazione non è inferiore alla soglia di € 30.000,00 di cui all'art. 15 ult. c. L. Fall; ritenuto che la presenza di potenziali attività patrimoniali non elida la incapacità – divenuta cronica per le vicende narrate dalle parti stesse – del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni; PQM visti gli artt. 1,5 e 16 l. fall. accoglie il ricorso depositato per il fallimento di Omissis e per l'effetto dichiara il fallimento di (*omissis*).

NOTA

1. Con la decisione in epigrafe, il Tribunale di Chieti ha accolto il ricorso depositato per il fallimento di un'associazione sportiva ai sensi degli artt. 1, 5 e 16 della legge fallimentare.

Nello specifico il Tribunale si è convinto della fallibilità dell'associazione, per un verso, ritenendo sussistere l'esistenza di poste debitorie per un ammontare di €. 4.195.623,04 derivanti da sentenze passate in giudicato e, per altro verso, acclarando la natura commerciale prevalente dell'ente sia per il ricorso massivo al credito bancario che per gli oneri economici assunti per lo svolgimento della propria attività.

2. La citata sentenza conferma come le norme in tema di procedure concorsuali regolino anche la insolvenza delle associazioni.

L'art. 2221 c.c. in combinato disposto con l'art. 1 l.f., come noto, circoscrive l'ambito di applicazione della procedura fallimentare all'imprenditore che svolge attività commerciale, affermazione che congloba in via estensiva ogni forma di esercizio di impresa, norma che ha sì escluso gli enti pubblici ma che, comunque, ha financo posto dubbi di fallibilità con riguardo a quelle società c.d. *in house* nell'ipotesi in cui non vi fosse una partecipazione esclusivamente pubblica ed una attività prevalente a favore dei soci¹.

Una tale interpretazione estensiva conduce dunque a concludere che l'associazione rappresenta un terzo genere di imprenditore commerciale, che si affianca all'imprenditore in forma societaria ed a quello in forma individuale, assoggettato alle procedure concorsuali.

In realtà la suddetta affermazione merita certamente una precisazione ed, infatti, affermare *sic et simpliciter* che una associazione sia assoggettabile automaticamente a fallimento non appare operazione ermenuticamente corretta posto che, nel caso di tali enti, spetterà al giudice del fallimento indagare le modalità con cui è stata svolta l'attività associativa e quindi verificare se sia stata esercitata con scopi di lucro ovvero esclusivamente a favore dei propri associati secondo i fini propri dello statuto. Ed invero, nel caso che ci occupa, il Tribunale teatino è pervenuto alla dichiarazione di fallimento solo dopo aver valutato l'esistenza di parametri economico-finanziari ed elementi di fatto che, indubitabilmente, facevano ritenere l'associazione universitaria sportiva un ente che svolgeva attività commerciale a tutti gli effetti. Infatti, i parametri indicatori dell'attività imprenditoriale il tribunale li ha rinvenuti in un forte ricorso al sistema bancario, negli oneri economici assunti per l'attività di campus estivo che hanno procurato un grave indebitamento dell'associazione, ma anche nel fatto – e questo è stato certamente l'elemento determinante – che tutta l'attività dell'ente, al contrario di quanto probabilmente previsto in statuto, era stata rivolta, in via prevalente, a soggetti non studenti universitari i quali percepivano altresì una congrua remunerazione.

Di qui la dichiarazione di fallimento.

Non vi è dubbio che la pronuncia del tribunale merita piena condivisione anche in scia ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidatosi² per il quale deve ritenersi che svolga attività economica imprenditoriale l'associazione sportiva che appaia in grado di remunerare i fattori di produzione attraverso i propri ricavi e quindi con l'attribuzione ai prestatori d'opera di cospicui compensi.

Dunque il discrimen dell'associazione rispetto alla società non va individuato nella specifica attività svolta per realizzare lo scopo ma nella specifica natura dello scopo.

¹ Sulla non fallibilità delle società *in house* v. App. L'Aquila 30 marzo 2015, n. 304.

² Tra le prime pronunce di legittimità *in subiecta materia* risale a Cass. 9 novembre 1979, n. 5770, in *Foro it.*, 1980, I, p. 358 e Cass. 19 gennaio 1988, n. 374; nella giurisprudenza di merito tra le pronunce risalenti deve esserne annotata la capofila Trib. Monza 12 marzo 1955 in *Foro padano*, 1957, p. 253 con nota di M. Ramat, *Fallimento dell'associazione sportiva?*

Ed ancora, per la qualificazione di una attività come commerciale è il perseguimento di un c.d. lucro oggettivo, ossia il rispetto del criterio di economicità della gestione, quale tendenziale proporzionalità di costi e ricavi, in quanto questi ultimi tendano a coprire i primi. Da quanto detto, è evidente che il fine altruistico non pregiudica il carattere dell'imprenditorialità dei servizi resi, qualora quest'ultimi vengano organizzati in modo che i compensi per essi percepiti siano adeguati ai relativi costi o addirittura le due voci si equivalgano, restando altresì ininfluente all'esclusione della natura commerciale il fatto che i proventi siano destinati ad iniziative connesse con gli scopi istituzionali dell'ente ovvero che vi sia un perseguimento o no dello scopo di lucro.

3. Sotto altro profilo, non può nascondersi come un ulteriore dubbio sulla fallibilità delle associazioni pervenga dal dettato normativo dell'art. 148 del testo unico imposte dirette (c.d. TUIR DPR 22 dicembre 1986, n. 917) (già art. 111 ante modifica intervenuta nell'anno 2003) il cui disposto sembrerebbe escludere in radice la configurabilità dell'attività commerciale in capo alle associazioni con la conseguenza che le stesse non potrebbero ritenersi assoggettabili a fallimento qualunque sia la modalità con cui l'attività viene svolta.

In effetti la citata norma, al comma 1, così dispone letteralmente "Non è considerata commerciale l'attività svolta nei confronti degli associati o partecipanti, in conformità alle finalità istituzionali, dalle associazioni, dai consorzi e dagli altri enti non commerciali di tipo associativo. Le somme versate dagli associati o partecipanti a titolo di quote o contributi associativi non concorrono a formare il reddito complessivo" ed al successivo comma 3 prosegue "Per le associazioni politiche, sindacali e di categoria, religiose, assistenziali, sportive dilettantistiche, nonché per le strutture periferiche di natura privatistica necessarie agli enti pubblici non economici per attuare la funzione di preposto a servizi di pubblico interesse (...)".

A ben vedere però la detta previsione normativa sembra piuttosto individuare quali proventi dell'associazione debbano o non essere considerate come commerciali e, conseguentemente, quali delle stesse concorrono o non alla formazione del reddito complessivo come componenti del reddito di impresa o come redditi diversi e dunque di fatto sottraendo, esclusivamente per politica fiscale, alcune utilità economiche all'imposizione fiscale. Pertanto, deve ritenersi che, trattandosi di norma in materia fiscale, la stessa debba avere valenza solo con riguardo a detto ambito di talchè ritenere che la detta previsione normativa abbia una finalità ricognitiva dell'attività svolta dall'associazione sembrerebbe caricare la norma di un significato estraneo a quello voluto e precipuo dal legislatore. E' quindi del tutto ammissibile che una norma speciale, esclusivamente per ragioni di politica fiscale, consideri non commerciale alcune attività le quali però, sotto un profilo civilistico generale, siano riconducibili all'impresa o all'attività imprenditoriale ex artt. 2082 e 2193 c.c., non consentendo l'esclusione della natura commerciale ad un'associazione che effettivamente svolga proprio una attività imprenditoriale con la ovvia conseguenza che anche tale argomento appare fallace al fine di escludere le associazioni dalla procedura fallimentare.³

4. Sotto diverso profilo, la pronuncia in esame fornisce l'occasione per discettare in ordine ad un altro dubbio ancora oggetto di pronunce discordanti in giurisprudenza ovvero se, in caso di fallimento dell'associazione, le conseguenze dello stesso debbano estendersi ai soggetti persone fisiche o giuridiche che la compongono. In particolare occorre verificare se ed a quale titolo, in caso di fallimento, oltre all'associazione stessa, possano essere chiamate a rispondere altri soggetti con riguardo alle obbligazioni contratte.

In via preliminare va precisato che il problema riguarda le associazioni non riconosciute atteso che, per gli enti riconosciuti, le conseguenze del fallimento non potrebbero mai estendersi agli amministratori e tanto meno ai soci, stante l'inapplicabilità dell'art. 147 l.f.

5. Dunque, l'attenzione deve essere rivolta alle associazioni non riconosciute laddove non esiste alcuna norma che consenta, almeno de plano, di esonerare dalle responsabilità patrimoniali e non i soggetti che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione.

Una prima considerazione che deve esser fatta è quella per cui non vi è alcun dubbio che l'associazione che abbia distribuito tra i soci eventuali utili, ricalcando lo schema della impresa commerciale, debba

³ In merito si è espressa da tempo anche Cass. Civ. 20 giugno 2000, n. 8374 la quale, confermando quanto enunciato dalla Corte di appello, ha chiarito che l'art. 111 TUIR non ha alcuna valenza sul piano civilistico atta ad escludere la natura commerciale delle associazioni ma ha la finalità di stabilire, per talune attività svolte da alcuni enti, un particolare regime tributario di sottrazione delle relative utilità economiche all'imposizione fiscale.

certamente considerarsi a tutti gli effetti quale società di fatto con la evidente conseguenza che i propri soci dovranno rispondere illimitatamente delle obbligazioni contratte dall'associazione e, dunque, assoggettabili a fallimento.

Fatta questa doverosa premessa, le tesi che affermano l'estensione del fallimento ai soggetti che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, che non configuri una società di fatto, troverebbero il fondamento nell'art. 38 c.c.

Ora è noto che l'art. 38 citato dispone l'obbligo solidale, di coloro che hanno agito in nome e per conto della stessa⁴, per i crediti che i terzi vantano nei confronti dell'associazione i quali potrebbero essere ignari della reale consistenza del fondo comune, in mancanza di forme di pubblicità, e contare sulla solvibilità di chi ha contrattato con loro⁵. È bene, altresì, specificare che tale responsabilità, personale e solidale, per colui che agisce in nome e per conto dell'associazione non sorge per il fatto di rappresentare l'associazione ma è esclusivamente ricollegata alla reale attività svolta per conto di essa, attività che deve essere dimostrata da chi invoca in giudizio il rappresentante, non essendo sufficiente la prova in ordine alla carica rivestita all'interno dell'ente⁶.

Corollario di tale ultima affermazione è dunque il fatto che il rappresentante dell'ente ha una responsabilità limitata agli affari svolti dallo stesso⁷, non potendosi riversare le eventuali obbligazioni contratte da quest'ultimo su un eventuale soggetto che gli sia succeduto, di fatto dando luogo ad "una solidarietà spezzettata".

Ed è proprio tale interpretazione della norma che, dunque, porta ad escludere che, in caso di fallimento dell'associazione, lo stesso possa investire il legale rappresentante del momento, posto che questi sarà responsabile solo ed unicamente per l'attività da egli effettivamente svolta nel periodo, non potendosi consentire una estensione della responsabilità patrimoniale per attività svolta da altri soggetti, stante lo stretto tenore letterale dell'art. 38 c.c.

In questa sede, però, corre l'obbligo di rammentare come nella giurisprudenza si sono avvicinate diverse pronunce che sono pervenute addirittura a dichiarare il fallimento non solo di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'ente ma, addirittura, anche di tutti gli associati.

Con riguardo a tale ultima ipotesi la giurisprudenza è pervenuta ad assimilare in toto le condizioni esistenti per la dichiarazione di fallimento dei soci di società di persone agli associati delle associazioni. Nello specifico è stato assunto che i soci di una società di persone esercitante un'impresa commerciale devono ritenersi imprenditori commerciali per il sol fatto di essere partecipi dell'impresa fallita e che, pertanto, la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento di quel tipo di società comporta, automaticamente, la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento di tutti i suoi soci. Dalla suddetta affermazione deriva quindi, che il fallimento dei soci viene dichiarato non già per effetto dell'estensione normativa del fallimento della società, ma per effetto dell'autonoma sussistenza, direttamente in capo agli stessi dei relativi presupposti: l'essere considerati imprenditori. Il corollario di quanto esposto comporterebbe quindi che, poiché l'associazione non riconosciuta che abbia lo status di imprenditore commerciale è assoggettata al regime giuridico delle società di persone, per le anzidette ragioni, in presenza del fallimento della associazione non si può non avere anche il fallimento di tutti gli associati⁸. Tale interpretazione, però a parere di chi scrive, si fonda su un errore genetico che è quello di ritenere come l'estensione del fallimento ai soci della società di persone abbia il presupposto che tutti i componenti della società rivestano la qualifica di imprenditore e che, pertanto, il fallimento derivi dall'applicazione dell'art. 1 l.f., dimenticando, invece, che l'art. 147 l.f., col disporre che "la sentenza che dichiara il fallimento dei soci a

⁴ Dalla dottrina viene interpretata come una sorta di fideiussione *ex lege*, in tal senso v. Persico, *Associazioni non riconosciute*, in ED, III, Milano, 1958, 891, Rubino, *Le associazioni non riconosciute*, 2^a ed., Milano, 1952, 255.

⁵ V. sul punto Cass. civ., Sez. lavoro, sentenza 16 febbraio 1988, n. 1655; Cass. civ., 22 luglio 1981, n. 4719; Cass. civ., 28 giugno 1980, n. 4084.

⁶ Cass. civ., Sez. III, sentenza 24 ottobre 2010, n. 25748; Cass. civ., Sez. V, sentenza 17 giugno 2008, n. 16344, ove il rilievo che la responsabilità sussiste a prescindere dalle possibili indicazioni formali; Cass. civ., Sez. III, sentenza 14 dicembre 2007, n. 26290; Trib. Genova 6 aprile 2007, v. ora Cass. civ., Sez. VI-5, Ord., 21 gennaio 2019, n. 1489; Cass. civ., Sez. VI-Lavoro, Ord., 4 aprile 2017, n. 8752; Cass. civ., Sez. III, sentenza 16 gennaio 2006, n. 718; Cass. civ., Sez. Lavoro, sentenza 11 maggio 2004, n. 8919; Trib. Milano 15 aprile 1999; v., anche, Cass. civ., Sez. V, sentenza 15 ottobre 2018, n. 25650; Trib. Milano, Sez. XI, 17 marzo 2010.

⁷ V. Cass. civ. Sez. VI - Lavoro Ordinanza, 04/04/2017, n. 8752; Cass. civ. Sez. I Sent., 17/06/2015, n. 12508.

⁸ In questo senso App. Palermo 18 luglio 1989, n. 445.

responsabilità illimitata produce anche il fallimento dei soci illimitatamente responsabili", impone il fallimento dei detti soci indipendentemente dalla loro qualità di imprenditori, e quale effetto autonomo della pronuncia del fallimento della società, derogando espressamente alla regola generale prevista dall'art. 1 l.f. per la quale sono assoggettati alle procedure concorsuali solo i soggetti che abbiano qualità di imprenditore⁹.

È del tutto evidente come una tale interpretazione appaia eccessivamente severa e non corrispondente al dettato dell'art. 38 c.c. e 147 l.f. e finirebbe per penalizzare in maniera eccessiva i componenti di una associazione i quali, magari, non avendo nemmeno contezza degli atti gestori del legale rappresentante della stessa, verrebbero dichiarati falliti.

A questa interpretazione così rigorosa e, riteniamo errata, se ne è affiancata un'altra che, negando la fallibilità di tutti gli associati, ritiene però estensibile il fallimento solo a coloro che abbiano agito in nome e per conto dell'associazione. Questa ulteriore ipotesi interpretativa, avallata anche dalla risalente giurisprudenza di legittimità troverebbe il fondamento nel fatto che gli associati che hanno agito in nome e per conto dell'associazione debbano essere dichiarati falliti non a mente del dettato dell'art. 1 l.f., non potendo essi assumere la veste di imprenditori ma quali soci illimitatamente responsabili in stretta applicazione dell'art. 147 l.f.¹⁰ e dell'art. 38, comma 1 ultima parte, c.c.¹¹.

Come anzidetto, però anche tale ultima via interpretativa, seppur meno rigorosa della precedente, non può essere condivisa posto che, da una stringente lettura dell'art. 38, si ricava che la responsabilità di chi ha agito non può investire la totalità delle obbligazioni assunte dalla stessa, bensì solo le obbligazioni per cui si è agito in nome e per conto dell'associazione, con la conseguenza che non può ammettersi che gli amministratori siano assoggettati a fallimento per effetto del fallimento della loro associazione in quanto, proprio in virtù di quella "solidarietà spezzettata", essi dovranno rispondere solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni da essi contratti senza potersi pretendere che siano assoggettati alla sanzione più grave del fallimento per debiti di cui non avevano alcuna responsabilità.

Guglielmo Flacco

⁹ Cass. civ., Sez. I, sentenza 3 aprile 1987, n. 3229; 12 aprile 1984, n. 2359; 17 dicembre 1981, n. 5677; 7 agosto 1972, n. 2639.

¹⁰ Cass. Civ. 21 dicembre 2002, n.18235.

¹¹ In questo senso v. Cass. Civ. 18 settembre 1993, n. 9589, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 309. Nella giurisprudenza di merito Trib. Palermo 24 febbraio 1997; Trib. Roma 6 aprile 1995; Milano 17 giugno 1994; Trib. Treviso 25 marzo 1994.

Tribunale Pescara – sent. 17 ottobre 2018, n. 1531 – est. Bortone

Omessa tempestiva diagnosi – Perdita di chance – Ammissibilità

Omessa tempestiva diagnosi – Accelerazione dell'evento morte – Perdita di chance per il paziente di vivere per un periodo di tempo più lungo – Risarcibilità – Ammissibilità – Criterio equitativo puro

L'omessa tempestiva diagnosi che abbia determinato l'accelerazione dell'evento morte integra una ipotesi di danno di perdita di chance. (1)

In caso di omessa tempestiva diagnosi che abbia determinato l'accelerazione dell'evento morte e dunque la perdita per il paziente della chance di vivere per un periodo di tempo più lungo, ai fini della quantificazione del danno da perdita di chance, rileva esclusivamente il criterio equitativo puro. (2)

(omissis)

FATTI RILEVANTI DELLA CAUSA

Con atto di citazione notificato il 18-6-2013 *(omissis)*, nella qualità spiegata in epigrafe, all'esito:

- di un intervento di asportazione di un neo cutaneo sul viso vicino all'orecchio sinistro cui *(omissis)* si era sottoposto il 2005 presso il Presidio Ospedaliero di *(omissis)*, Divisione di Chirurgia Plastica;
- del decesso del *(omissis)* avvenuto, a soli quarantasei anni, il 9-6-2011 a causa di un melanoma; lamentando che:
 - il suddetto intervento chirurgico era stato eseguito senza alcuna preliminare informazione inerente le patologie cutanee su cui si andava ad intervenire né sulle possibili risultanze diagnostiche che potevano emergere dall'esame istologico dei tessuti escissi;
 - il referto dell'epoca, inequivocabilmente attestante la patologia neoplastica, non era mai stato comunicato al paziente;
 - nessuna indicazione pertanto era stata fornita sul percorso terapeutico che sarebbe stato necessario intraprendere con estrema urgenza;
 - solo alla fine di ottobre 2010 il *(omissis)* aveva iniziato a star male per l'insorgenza di lancinanti dolori alla schiena e, sottoposti ad indagini diagnostiche strumentali, queste avevano fornito dati di indubbia e impegnativa patologia in essere;
 - la condotta colposa dei sanitari del predetto Presidio Ospedaliero non offriva alcun margine di giustificazione;

conveniva dunque in giudizio l'Azienda Unità Sanitaria Locale di *(omissis)* perché fosse condannata al risarcimento di tutti i danni subiti, patrimoniali e non patrimoniali, *iure hereditatis* e *iure proprio*, alcuni quantificati nelle somme di € 1.392.829,50 ed € 1.428.450,00, salve le diverse somme ritenute di giustizia, altri da quantificarsi in corso di causa, con interessi e rivalutazione.

L'A.U.S.L. si costituiva in giudizio eccependo la non sussistenza della dedotta responsabilità contrattuale nei confronti degli eredi del paziente, ravvisabile esclusivamente nei confronti di questo e che dunque gli attori non avessero alcun titolo per richiedere il risarcimento del danno *iure proprio*; comunque l'infondatezza della domanda, sprovvista di idoneo riscontro probatorio quanto alle lamentate omissioni da parte del personale sanitario ed al nesso eziologico con l'evento dannoso; che in particolare il referto dell'esame istologico, disponibile già il 7/9/2005, non era stato ritirato dal paziente, il quale prima di sottoporsi all'intervento aveva sottoscritto il modulo di consenso, probabilmente per una sua dimenticanza, contravvenendo pertanto ad un suo onere; concludeva dunque per il rigetto della domanda ed in subordine perché fosse dichiarato il concorso colposo del *(omissis)* nella produzione dell'evento dannoso e fossero rigorosamente accertati i danni effettivamente subiti dagli attori, in ogni caso escludendo il cumulo di interessi e rivalutazione.

Acquisite prove orali e documentali ed espletata una c.t.u., infine all'udienza del 9/3-2018 i procuratori delle parti precisavano le conclusioni e la causa veniva trattenuta per la decisione con concessione dei termini di giorni sessanta più venti ex art. 190 c.p.c.

RAGIONI GIURIDICHE DELLA DECISIONE

A prescindere dalle questioni sorte in ordine all'interpretazione della cosiddetta legge Balduzzi prima (articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189), poi e più di recente dalla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cosiddetta legge Gelli), avendo gli attori avanzato la loro pretesa risarcitoria unicamente nei confronti della convenuta AUSL, occorre ricordare come la responsabilità della struttura sanitaria sia stata sempre inquadrata nell'ambito della responsabilità contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale, ai fini del ricovero o di una visita ambulatoriale, comporta la conclusione di un contratto, in particolare del cosiddetto contratto atipico di spedalità, il cui oggetto consiste sia in prestazioni principali di carattere sanitario che in prestazioni secondarie ed accessorie (assistenza, vitto e alloggio): *"In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'osservanza da parte di un nosocomio - pubblico o privato - delle dotazioni ed istruzioni previste dalla normativa vigente per le prestazioni di emergenza non è sufficiente ad escludere la responsabilità per i danni subiti da un paziente in conseguenza della loro esecuzione, essendo comunque necessaria - in forza del concluso contratto di "spedalità" - l'osservanza delle comuni regole di diligenza e prudenza, che impongono a quelle strutture di tenere, in concreto e per il tramite dei propri operatori, condotte comunque adeguate alle condizioni del paziente, adottando di volta in volta le determinazioni più idonee a scongiurare l'esito infausto"* (Cass. civ., Sez. III, 19 ottobre 2015, n. 21090).

Ancora (Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297): *"l'ente ospedaliero risponde a titolo contrattuale per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente. Tale responsabilità discende dall'art. 1228 cod. civ., secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi e colposi di questi"*; ed ancora (Cass. civ., Sez. I, 25 maggio 2006, n. 12362): *"Il ricovero di un paziente in una struttura (pubblica o privata) deputata a fornire assistenza sanitaria avviene sulla base di un contratto tra il paziente stesso ed il soggetto gestore della struttura, e l'adempimento di tale contratto, con riguardo alle prestazioni di natura sanitaria, è regolato dalle norme che disciplinano la corrispondente attività del medico nell'ambito del contratto di prestazione d'opera professionale, con la conseguenza che il detto gestore risponde dei danni derivati al paziente da trattamenti sanitari praticatigli con colpa, alla stregua delle norme di cui agli artt. 1176 e 2236 cod. civ.. Il positivo accertamento della responsabilità dell'istituto postula, pertanto, (pur trattandosi di responsabilità contrattuale, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di onere della prova, che grava, per l'effetto, sull'istituto stesso e non sul paziente), pur sempre la colpa del medico esecutore dell'attività che si assume illecita, non potendo detta responsabilità affermarsi in assenza di tale colpa (fatta salva l'operatività di presunzioni legali in ordine al suo concreto accertamento), poiché sia l'art. 1228 che il successivo art. 2049 cod. civ. presuppongono, comunque, un illecito colpevole dell'autore immediato del danno, cosicché, in assenza di tale colpa, non è ravvisabile alcuna responsabilità contrattuale del committente per il fatto illecito dei suoi preposti"*.

Precisa semmai la Cass. civ., 3 febbraio 2012, n. 1620 che *"l'ospedale risponde a titolo contrattuale dei danni patiti dal paziente, per fatto proprio, ex art. 1218 cod. civ., ove tali danni siano dipesi dall'inadeguatezza della struttura, ovvero per fatto altrui, ex art. 1228 cod. civ., ove siano dipesi dalla colpa dei sanitari di cui l'ospedale si avvale"*.

Intervenuta, come accennato, la legge 8 marzo 2017, n. 24, mentre in tema di responsabilità penale, con l'introduzione di una specifica fattispecie, viene ad essere regolata la responsabilità colposa derivante dallo svolgimento dell'attività sanitaria, limitata sostanzialmente, in caso di condotte imperite, alla colpa grave, prevedendo che l'adempimento della regola del rispetto delle linee guida della scienza medica, purché adeguate al concreto caso clinico-assistenziale, o, in loro assenza, delle buone pratiche, viene a costituire causa esimente, riguardo alla responsabilità civile risarcitoria può ritenersi rimasto immutato il suddetto impianto giurisprudenziale tradizionale nei confronti delle strutture sanitarie, considerato l'esplicito richiamo agli articoli 1218 e 1228 c.c., dunque di natura contrattuale, per la quale si pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento (invece, quanto al singolo professionista, il richiamo dell'art. 2043 c.c., con la espressa prevista eccezione del caso in cui abbia posto in essere con il danneggiato un proprio vincolo negoziale, viene a configurare una responsabilità extracontrattuale, ed il criterio di valutazione penale della colpa vale anche per il giudice civile "nella determinazione del risarcimento del danno", il regime probatorio

della responsabilità extracontrattuale comportando che spetta a chi agisce in giudizio l'onere di provare, in ordine sia all'an che al quantum, tutti gli elementi richiesti dall'art. 2043 cod. civ., e quindi l'individuazione di una condotta concretamente colposa ascrivibile al soggetto presunto danneggiante).

Orbene, alla luce dell'orientamento tradizionale, va ricordato che *"in tema di responsabilità civile nell'attività medico-chirurgica, il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e/o il "contatto" e allegare l'inadempimento del professionista, che consiste nell'aggravamento della situazione patologica del paziente o nell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento, restando a carico dell'obbligato - sia esso il sanitario o la struttura - la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che quegli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile* (Cass. civ., Sez. III, 28 maggio 2004, n. 10297); conforme Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577: *"In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e di responsabilità professionale da contatto sociale del medico, ai fini del riparto dell'onere probatorio l'attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza o l'aggravamento della patologia ed allegare l'inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante"*.

Ancora (Cass. civ., Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15993): *"In tema di responsabilità contrattuale del medico nei confronti del paziente per danni derivanti dall'esercizio di attività di carattere sanitario, il paziente ha il solo onere di dedurre qualificate inadempienze, in tesi idonee a porsi come causa o concausa del danno, restando poi a carico del debitore convenuto l'onere di dimostrare o che nessun rimprovero di scarsa diligenza o di imperizia possa essergli mosso, o che, pur essendovi stato un suo inesatto adempimento, questo non abbia avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno"*.

Ancora conforme Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547, la quale aggiunge: *"Ne consegue che qualora, all'esito del giudizio, permanga incertezza sull'esistenza del nesso causale fra condotta del medico e danno, questa ricade sul debitore. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che, escludendo il nesso di causalità, aveva rigettato la domanda risarcitoria avanzata dai familiari di una paziente deceduta, in quanto la consulenza tecnica d'ufficio aveva assegnato un identico grado di possibilità alle due cause di morte tecnicamente ipotizzabili, una sola delle quali ascrivibile alla condotta del sanitario, con conseguente stallo in tema di accertamento del nesso causale)"*.

Orbene, (Cass. civ., Sez. III, 26 giugno 2007, n. 14759) *"in tema di responsabilità civile il giudice di merito deve accertare separatamente dapprima la sussistenza del nesso causale tra la condotta illecita e l'evento di danno, e quindi valutare se quella condotta abbia avuto o meno natura colposa o dolosa. Ne consegue che, nell'ipotesi di responsabilità del medico, è viziata la decisione la quale escluda il nesso causale per il solo fatto che il danno non potesse essere con certezza attribuito ad un errore del sanitario, posto che il suddetto nesso deve sussistere non già tra l'errore ed il danno, ma tra la condotta ed il danno, mentre la sussistenza dell'eventuale errore rileverà sul diverso piano della imputabilità del danno a titolo di colpa" e "per l'accertamento del nesso causale tra condotta illecita ed evento di danno non è necessaria la dimostrazione di un rapporto di consequenzialità necessaria tra la prima ed il secondo, ma è sufficiente la sussistenza di un rapporto di mera probabilità scientifica. Ne consegue che il nesso causale può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza altamente probabile e verosimile"*.

Invero (Cass. civ., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741) *"la valutazione del nesso causale in sede civile, pur ispirandosi ai criteri di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., secondo i quali un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché al criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base del quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano - ad una valutazione "ex ante" - del tutto inverosimili, presenta tuttavia notevoli differenze in relazione al regime probatorio applicabile, stante la diversità dei valori in gioco tra responsabilità penale e responsabilità civile. Nel processo civile vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non, mentre nel processo penale vige infatti la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio"*.

Conforme Cass. civ. Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10743: *"È configurabile il nesso causale tra il comportamento omissivo del medico ed il pregiudizio subito dal paziente qualora, attraverso un criterio*

necessariamente probabilistico, si ritenga che l'opera del medico, se correttamente e prontamente prestata, avrebbe avuto serie ed apprezzabili possibilità di evitare il danno verificatosi. L'onere della relativa prova grava sul danneggiato, indipendentemente dal grado di difficoltà dell'intervento medico-chirurgico".

Nel caso di specie soccorrono comunque le argomentazioni e conclusioni della c.t.u., nella quale si è incentrata l'attività istruttoria, espletata dalla dott.ssa omissis, di cui si dirà pertanto appresso (relazione depositata, in replica anche alle osservazioni critiche delle parti, il 27/2/2016)

Va ricordato invero che *"il giudice può affidare al consulente tecnico non solo l'incarico di valutare i fatti da lui stesso accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente). Nel primo caso la consulenza presuppone l'avvenuto espletamento dei mezzi di prova e ha per oggetto la valutazione di fatti i cui elementi sono già stati completamente provati dalle parti; nel secondo caso la consulenza può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, senza che questo significhi che le parti possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente. In questo secondo caso è necessario, infatti, che la parte quanto meno deduca il fatto che pone a fondamento del proprio diritto e che il giudice ritenga che il suo accertamento richieda cognizioni tecniche che egli non possiede o che vi siano altri motivi che impediscano o sconsiglino di procedere direttamente all'accertamento"* (Cass. civ., Sez. Un., 4 novembre 1996, n. 9522; conforme, tra le altre, Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 2009, n. 6155).

E dunque (Cass. civ., Sez. II, 15 aprile 2002, n. 5422) *"In relazione alla finalità propria della consulenza tecnica d'ufficio, di aiutare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze, il suddetto mezzo di indagine non può essere disposto al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negato dal giudice qualora la parte tenda con esso a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerta di prove ovvero a compiere un'attività esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati. Ai sopraindicati limiti è consentito derogare unicamente quando l'accertamento di determinate situazioni di fatto possa effettuarsi soltanto con il ricorso a specifiche cognizioni tecniche, ed è consentito al c.t.u. anche acquisire ogni elemento necessario a rispondere ai quesiti, sebbene risultante da documenti non prodotti dalle parti, sempre che si tratti di fatti accessori rientranti nell'ambito strettamente tecnico della consulenza e non di fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere dalle medesime provati"*.

In tal senso (Cass. civ., Sez. 11, 10/3/2015, n. 4729) *"il consulente tecnico d'ufficio può, ai sensi dell'art. 194, primo comma, cod. proc. civ., assumere, anche in assenza di espressa autorizzazione del giudice, informazioni da terzi e verificare fatti accessori necessari per rispondere ai quesiti, ma non anche accertare i fatti posti a fondamento di domande ed eccezioni, il cui onere probatorio incombe sulle parti, sicché gli accertamenti compiuti dal consulente oltre i predetti limiti sono nulli per violazione del principio del contraddittorio, e, perciò, privi di qualsiasi valore, probatorio o indiziario"*.

In particolare, in tema di accertamento della natura ed entità di lesione anatomo-funzionale della persona in nesso di causalità con i fatti oggetto di causa, sono innegabili le conoscenze tecniche specialistiche necessarie non solo alla comprensione dei fatti, ma alla loro stessa rilevanza, sicché, presentando la consulenza tecnica carattere percipiente, il giudice può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati, ma anche quello di accertare i fatti medesimi, ponendosi pertanto la consulenza, in relazione a tale aspetto, come fonte oggettiva di prova (cfr.: Cass. civ., Sez. III, 26 febbraio 2013, n. 4792 in tema di accertamento della responsabilità medico-chirurgica).

E dunque, ove sia documentata, attraverso l'allegazione di certificazioni mediche, la consequenzialità di quanto lamentato con la condotta illecita denunciata, il giudice non può non ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio medico-legale, al fine di valutare, sulla base di corretti criteri, i problemi tecnici connessi alla valutazione degli elementi rilevanti ai fini della decisione (cfr.: Cass. civ., Sez. I, 1 settembre 2015, n. 17399).

Ancor prima di passare dunque all'esame della C.T.U. appare necessario svolgere in premessa, avuto riguardo al *thema decidendum*, le seguenti ulteriori considerazioni.

Intanto (Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854) *"in materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, e costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, di talché l'errata*

esecuzione di quest'ultimo dà luogo ad un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo di informazione, anche in ragione della diversità dei diritti - rispettivamente, all'autodeterminazione delle scelte terapeutiche ed all'integrità psicofisica - pregiudicati nelle due differenti ipotesi"; conforme Cass. civ., Sez. III, 5 luglio 2017, n. 16503: "In materia di responsabilità per attività medico-chirurgica, l'acquisizione del consenso informato del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione altra e diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento terapeutico, dal cui inadempimento deriva - secondo l' "id quod plerumque accidit" - un danno conseguenza costituito dalla sofferenza e dalla contrazione della libertà di disporre di se stesso, psicicamente e fisicamente, patite dal primo in ragione dello svolgimento sulla sua persona di interventi non assentiti, danno che non necessita di specifica prova, ferme restando la possibilità di contestazione della controparte e quella del paziente di allegare e provare fatti a sé ancor più favorevoli di cui intenda giovarsi a fini risarcitori".

Al riguardo spiega Cass. civ., Sez. III, 28 luglio 2011, n. 16543: "Il diritto al consenso informato del paziente, in quanto diritto irrettabile della persona, va comunque e sempre rispettato dal sanitario, a meno che non ricorrano casi di urgenza, rinvenuti a seguito di un intervento concordato e programmato, per il quale sia stato richiesto ed ottenuto il consenso, e tali da porre in gravissimo pericolo la vita della persona - bene che riceve e si correda di una tutela primaria nella scala dei valori giuridici a fondamento dell'ordine giuridico e del vivere civile-, o si tratti di trattamento sanitario obbligatorio. Tale consenso è talmente inderogabile che non assume alcuna rilevanza, al fine di escluderlo, il fatto che l'intervento "absque pactis" sia stato effettuato in modo tecnicamente corretto, per la semplice ragione che, a causa del totale "deficit" di informazione, il paziente non è posto in condizione di assentire al trattamento, consumandosi nei suoi confronti, comunque, una lesione di quella dignità che connota l'esistenza nei momenti cruciali della sofferenza fisica e/o psichica"; conforme Cass. civ., Sez. III, 16 febbraio 2016, n. 2998: "In tema di responsabilità professionale del medico, l'inadempimento dell'obbligo di informazione sussistente nei confronti del paziente può assumere rilievo a fini risarcitori - anche in assenza di un danno alla salute o in presenza di un danno alla salute non ricollegabile alla lesione del diritto all'informazione - tutte le volte in cui siano configurabili, a carico del paziente, conseguenze pregiudizievoli di carattere non patrimoniale di apprezzabile gravità derivanti dalla violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione in se stesso considerato, sempre che tale danno superi la soglia minima di tollerabilità imposta dai doveri di solidarietà sociale e che non sia futile, ossia consistente in meri disagi o fastidi".

Ordnque, (Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751) "il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, impone che quest'ultimo fornisca al paziente, in modo completo ed esaustivo, tutte le informazioni scientificamente possibili riguardanti le terapie che intende praticare o l'intervento chirurgico che intende eseguire, con le relative modalità ed eventuali conseguenze, sia pure infrequenti, col solo limite dei rischi imprevedibili, ovvero degli esiti anomali, al limite del fortuito, che non assumono rilievo secondo l' "id quod plerumque accidit", in quanto, una volta realizzatisi, verrebbero comunque ad interrompere il necessario nesso di causalità tra l'intervento e l'evento lesivo".

E (Cass. civ., Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 2177) "in tema di attività medico-chirurgica, il consenso informato deve basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza della natura, portata ed estensione dell'intervento medico-chirurgico, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, non essendo all'uopo idonea la sottoscrizione, da parte del paziente, di un modulo del tutto generico, né rilevando, ai fini della completezza ed effettività del consenso, la qualità del paziente, che incide unicamente sulle modalità dell'informazione, da adattarsi al suo livello culturale mediante un linguaggio a lui comprensibile, secondo il suo stato soggettivo ed il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto non adeguata l'informazione sui rischi connessi ad un intervento di cheratomia radiale, fornita ad una paziente mediante consegna di un "depliant" redatto dallo stesso oculista, che peraltro non riportava l'eventuale regressione del "visus", statisticamente conseguente ad un simile intervento, anche quando correttamente eseguito)".

Ad esempio (Cass. civ., Sez. III, 24 ottobre 2013, n. 24109) "in tema di responsabilità professionale del medico, costituisce inadempimento qualificato del sanitario l'omessa o inesatta informazione sui profili di

incertezza circa la non irreversibilità di un intervento di sterilizzazione, essendo tenuto il medico, anche in relazione alla specificità dell'obbiettivo perseguito dalla paziente, a fornire informazioni non meramente generiche, così da consentire all'interessata di adottare, nel successivo decorso del tempo le opportune misure e gli utili accertamenti e controlli clinici, atti ad impedire gravidanze non volute".

Inoltre la Suprema Corte (Cass. civ., Sez. III, 23 settembre 2004, n. 19133 in tema di errore o omissione di diagnosi) ha sancito che può configurarsi inadempimento del professionista medico anche in presenza di un quadro clinico complesso per la gravità della patologia e le precarie condizioni di salute del paziente; in tal caso la prova della mancanza di colpa per la sua morte deve essere fornita dal debitore della prestazione e dell'eventuale situazione di incertezza sulla stessa si deve giovare il creditore e non il debitore.

E dunque (Cass. civ., Sez. III, 27 novembre 2012, n. 20996) *"anticipare il decesso di una persona già destinata a morire perché afflitta da una patologia, costituisce pur sempre una condotta legata da nesso di causalità rispetto all'evento morte, ed obbliga chi l'ha tenuta al risarcimento del danno"*.

Ancora (Cass. civ., Sez. III, 10 maggio 2000, n. 5962): *"Del bene della vita l'elemento tempo costituisce una componente essenziale, con la conseguenza che ogni fatto imputabile che ne determini l'anticipata cessazione, influenzando un fattore patogenetico già esistente e costituente la causa clinica del decesso, non può considerarsi mera occasione, ma concausa, rompendo quell'equilibrio precario nella salute del soggetto, che, per quanto con prognosi infausta per il futuro, si era generato. In siffatte fattispecie, quindi, il nesso di causalità va esaminato, secondo i principi della regolarità causale, non solo fra fatto ed evento letale, ma anche tra fatto e accelerazione dell'evento morte. Perché possa escludersi il nesso causale, e possa parlarsi di mere occasioni, e cioè di fatto coincidente ma privo di qualunque forza causativa, occorre, quanto meno nel caso di lesione del bene "vita" (ma il discorso vale certamente anche per il bene salute)", che esso non solo non abbia causato l'evento di danno, ma non l'abbia neppure minimamente accelerato"*.

Ancora (Cass. civ., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 7195): *"In tema di responsabilità medica, dà luogo a danno risarcibile l'errata esecuzione di un intervento chirurgico praticabile per rallentare l'esito certamente infausto di una malattia, che abbia comportato la perdita per il paziente della "chance" di vivere per un periodo di tempo più lungo rispetto a quello poi effettivamente vissuto. In tale eventualità, le possibilità di sopravvivenza, misurate in astratto secondo criteri percentuali, rilevano ai fini della liquidazione equitativa del danno, che dovrà altresì tenere conto dello scarto temporale tra la durata della sopravvivenza effettiva e quella della sopravvivenza possibile in caso di intervento chirurgico corretto"*. Infine, con specifico riferimento al caso di specie (Cass. civ., Sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688): *"In tema di attività medico-chirurgica, grava sul sanitario che esegua un esame diagnostico l'obbligo di informare il paziente, in forma completa e con modalità congrue al livello di conoscenze scientifiche dello stesso, sugli esiti dell'accertamento, sul grado di rischio delle patologie riscontrate e sulla necessità ed urgenza di ulteriori approfondimenti diagnostici, dal cui inadempimento può conseguire in capo al paziente un danno da perdita di chance di guarigione o di sopravvivenza. Questo danno presuppone che il paziente, benché malato grave o anche gravissimo, abbia tuttavia ancora dinanzi - ove la condotta medica fosse corretta - la possibilità di uscire da tale situazione mediante una guarigione o una sopravvivenza di entità consistente, misurabile in termini di anni (cd. lungo-sopravvivenza), e si distingue dal diverso pregiudizio alla qualità della vita nel tempo conclusivo dell'esistenza, il quale presuppone, invece, che il paziente versi nella condizione di malato terminale, la cui sopravvivenza - sempre nell'ipotesi di condotta medica corretta - sia circoscritta ad un tempo limitato, misurabile in termini di poche settimane o di pochi mesi"*.

Orbene, passando all'esame della c.t.u. espletata dalla dott.ssa (omissis), costei, in considerazione delle prospettazioni delle parti, richiamata la documentazione medica esaminata, esaminati altresì i preparati istologici acquisiti su autorizzazione del precedente giudice istruttore (ordinanza del 22-5-2015) con l'ausilio dello specialista dermatologo dott. (omissis), ripercorso l'iter clinico-terapeutico del sig. (omissis), valutate le consulenze di parte attrice del dott. (omissis) e di parte convenuta del prof. (omissis), sottoposta a visita psichiatrica l'attrice (omissis), all'uopo avvalendosi dell'ausiliare prof. (omissis), ha così argomentato e concluso:

- a riguardo dell'intervento cui il sig. (omissis) si sottopose il 5/8/2005, *"le neoformazioni pigmentate sono addensamenti benigni di melanociti, cellule che producono il pigmento della nostra pelle. Devono essere controllati almeno una volta l'anno, perché possono trasformarsi in melanomi, tumori cutanei molto aggressivi. È buona norma sottoporre chi presenta numerosi nevi ad una mappatura; questa consiste*

nell'analisi accurata di tutti i nevi mediante un dermatoscopio (una particolare lente d'ingrandimento illuminata) correlata a fotografie digitali che consente di ottenere una mappa corporea. Solo mediante tale procedura lo specialista può documentare obiettivamente la possibile evoluzione delle neoformazioni pigmentate nel tempo. È possibile che un nevo possa evolvere dapprima in nevo displastico (vale a dire anomalo) e successivamente in un melanoma. Deve essere considerato, comunque, che un melanoma può anche insorgere direttamente su cute indenne da nevi. La trasformazione di un nevo in melanoma è maggiormente probabile in caso di: a) Nevi congeniti di grandi dimensioni. b) Nevi sottoposti a cronica frizione meccanica (palmo delle mani, pianta dei piedi, zona cintura reggiseno). c) Eccessiva esposizione al sole. Come detto, è buona norma procedere a controlli periodici delle neoformazioni cutanee. L'asportazione chirurgica è indicata nei seguenti casi: 1- nevi sottoposti a frizione meccanica; 2- diagnosi clinica di nevo displastico o melanoma; 3- dubbio nella diagnosi clinica. L'asportazione chirurgica offre il duplice vantaggio di consentire una diagnosi certa attraverso l'esame istologico e di essere curativa nella maggior parte dei casi";

- *nel caso di specie la motivazione dell'intervento, anche se non esplicitamente riportata, fu da ricondursi molto probabilmente a cause di natura estetico - funzionali di tipo meccanico; (omissis)*
- *invitata ad esame istologico la lesione pigmentata asportata, come di prassi, il relativo referto depone per la presenza di patologia neoplastica maligna;*
- *il paziente rimase del tutto ignaro della grave patologia neoplastica in atto di cui era affetto in quanto all'epoca non provvide a ritirare il relativo referto;*
- *egli tuttavia non venne in alcun modo informato dell'esito dell'esame istologico nè tantomeno della gravità del proprio stato di salute: a tal riguardo ogni sanitario, di fronte ad una risposta istologica di malignità quale quella in oggetto, deve considerarsi tenuto, anche in mancanza d'interessamento del paziente, per qualsiasi motivo, a comunicargli quanto prima l'esito dell'esame istologico; la necessaria condotta diligente, nella pratica comune, si traduce o nell'invio diretto del referto tramite raccomandata con ricevuta di ritorno o, ancor meglio, nella sua immediata convocazione per informarlo personalmente della diagnosi e del relativo percorso diagnostico terapeutico che deve essere intrapreso senza indugi;*
- *nel caso di specie pertanto il sanitario (omissis) non risulta essersi attenuto alle Linee Guida ed uniformato alle buone pratiche cliniche accreditate dalle Comunità scientifiche nazionali ed internazionali, limitandosi, in data 13.5.2005, a prescrivere una semplice crema protettiva per la ferita chirurgica, senza preoccuparsi di ricevere o informarsi circa l'esito dell'esame istologico, né, quindi, di comunicarlo al paziente, pur avendo lo stesso precisato sul referto operatorio che trattavasi di lesione pigmentata "dubbia" che, quindi, come tale, necessitava di perfezionamento diagnostico;*
- *è innegabile la sussistenza di un rapporto di causalità materiale tra l'omissione dell'informazione e dell'attuazione dei necessari accertamenti clinico-strumentali e terapeutici che il caso esigeva e la morte del sig. (omissis), quanto meno sotto il profilo dell'accelerazione dell'evento;*
- *l'effettiva incidenza del differimento diagnostico sull'evoluzione del tumore deve essere valutata con specifico riferimento alle misure terapeutiche che si sarebbero potute in concreto adottare nella fase in cui si è verificata la manchevolezza diagnostica; dunque, secondo la buona pratica clinica, il paziente avrebbe necessitato, in primo luogo di una "radicalizzazione della lesione, al fine di escludere la presenza di cellule neoplastiche residue o di microsatellitosi; inoltre, sarebbe stata assolutamente necessaria la ricerca del linfonodo sentinella (sono candidabili a tale procedura tutti i melanomi di spessore superiore ad 1 mm); in caso di positività il paziente avrebbe dovuto essere poi sottoposto a intervento di linfadenectomia completa della stazione linfonodale;*
- *nel caso di specie viceversa non venne neppure eseguita alcuna indagine strumentale volta a stabilire quale fosse il reale stato di avanzamento della malattia al momento della diagnosi istologica nè tantomeno venne eseguito il follow up clinic - strumentale per monitorare nel tempo l'evoluzione della malattia e rilevare precocemente l'eventuale ripresa della stessa (omissis);*
- *considerato che le conoscenze specifiche in ordine alla diagnosi precoce di melanoma inducono a prospettare la probabilità di una più lunga sopravvivenza in caso di diagnosi ed escissione tempestiva, la totale omissione delle procedure diagnostiche e terapeutiche ce il caso avrebbe imposto, pur non avendo quasi certamente influito sulle probabilità di guarigione in ragione della gravità della neoplasia in esame e*

dello stadio istologico al momento della diagnosi, ha reso comunque più probabile il peggioramento prognostico determinando, quindi, una ridotta sopravvivenza;

- alla luce dei dati obiettivi sullo stato di salute del sig. (omissis) all'epoca della diagnosi (omissis) non è scientificamente sostenibile che al momento della diagnosi le metastasi si fossero già sviluppate, sia perché il tumore non era stato affatto stadiale, sia per l'andamento assolutamente imprevedibile del melanoma in generale e che, nel caso particolare, seppur dotato di caratteristiche sicuramente aggressive e potenzialmente ad elevato rischio di disseminazione micrometastatica precoce anche inizialmente per via ematica anziché per via linfatica non ha comunque dato alcun segno di sé per più di cinque anni dalla diagnosi, e ciò per di più in assenza di alcun trattamento atto a contrastarne la crescita e l'evoluzione;

- sopravvissuto dunque il sig. (omissis) circa 6 anni dalla diagnosi, considerato che in tale arco temporale specifico la sopravvivenza è di circa il 70% e quindi il medesimo ricade nel 30% dei pazienti deceduti, ponendo che la maggior probabilità è quella di cadere nel 50% della casistica, si può calcolare che la colposa omissione diagnostico-terapeutica e la totale mancanza di adeguato follow-up ha comportato per il paziente una riduzione delle probabilità di sopravvivenza stimabile in circa il 20% (corrispondente a 2 anni circa), periodo questo comunque caratterizzato, quanto meno per metà della sua durata, da una compromissione progressivamente ingravescente della qualità della vita;

- trattandosi di patologia neoplastica, a carattere evolutivo cronico, non è possibile identificare alcun periodo di inabilità assoluta e relativa;

- deve prendersi in considerazione il danno morale causalmente connesso alla consapevolezza, negli ultimi mesi di vita, dell'errore medico e, pertanto, alla convinzione maturata dal danneggiato in questo periodo che un intervento più tempestivo avrebbe potuto portarlo alla completa guarigione o, se non altro, ad allungare le prospettive di vita, anche solo dal punto di vista della speranza, ad esempio di nuove cure;

- per quanto concerne la persona della sig.ra (omissis), va considerato che una normale e fisiologica reazione alla perdita di una persona cara solitamente si caratterizza per alcune modalità che sempre si ritrovano nel cosiddetto lutto fisiologico (umore depresso o disforico, accessi di ansia, espressioni di incontinenza emotiva, insonnia, tutti elementi descritti dalla sig.ra (omissis) nei primi tempi dopo la morte del marito); nel continuum della sua esperienza di vita si è però assistito ad una progressiva ripresa di alcuni parametri di funzionamento, che le consentono oggi di essere persona sostanzialmente in buona salute, pur con gli ovvi limiti legati al ricordo nostalgico del marito e al dolore per la perdita di tutto quanto lui rappresentava; non è dunque ravvisabile in lei una menomazione psichica, con riduzione di una o più funzioni psichiche, tale da impedirle stabilmente di attendere, in tutto o in parte, alle sue ordinarie occupazioni di vita.

Queste essendo le chiare, logiche e dunque sicuramente condivisibili risultanze della c.t.u. che rendono del tutto ininfluenti le emergenze dell'istruttoria orale, si può allora passare alla individuazione delle singole voci di danno autonomamente risarcibili nel caso di specie, tenuto conto della formulazione della domanda e delle conclusioni rassegnate.

Va intanto richiamata la giurisprudenza di legittimità e di merito ormai da tempo pervenuta al riconoscimento della lesione del diritto alla salute e di ogni altro valore inerente alla persona costituzionalmente garantito come evento immanente ovvero interno al fatto illecito, che ne comporta pertanto il relativo risarcimento, indipendentemente dai riflessi patrimoniali che da tale lesione conseguano, integranti voce di danno eventuale, autonoma ed aggiuntiva (cfr.: Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2004, n. 7980); del danno alta salute o biologico, in cui vanno anche ricomprese quelle forme di danno non incidenti sulla capacità di produrre reddito, come il danno alla vita di relazione, il danno estetico non incidente direttamente su quella capacità, il danno alla sfera sessuale (cfr.: Cass. civ., sez. III, 27 giugno 1990, n. 6536), la cui tutela, quale danno non patrimoniale, è apprestata dall'art. 2059 c.c. (cfr. Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2003, n. 19057); dei criteri di liquidazione del danno biologico, con riferimento all'individuazione dei periodi diversi dell'inabilità temporanea e dell'inabilità permanente, ai quali rapportare la liquidazione equitativa di un danno, risarcibile per equivalente con una prestazione patrimoniale, atta a reintegrare un valore leso che non ha in sé immediata natura patrimoniale (cfr.: Cass. civ., sez. lav., 30 luglio 2003, n. 11704; Cass. civ., sez. III, 15 settembre 1995, n. 9725 e 25 febbraio 2004, n. 3806).

Con l'importante decisione 11 novembre 2008 n. 26972, le Sezioni Unite della Cassazione hanno non solo composto i precedenti contrasti sulla risarcibilità del cosiddetto danno esistenziale, ma hanno anche più in

generale riesaminato approfonditamente i presupposti ed il contenuto della nozione di danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. ribadendo innanzitutto che esso è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo espresso (ad esempio, nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato); e quelle in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo espressamente prevista da una norma di legge ad hoc, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

Per effetto di tale estensione, va ricondotto nell'ambito dell'art. 2059 c.c. il danno da lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 Cost.) e trova adeguata collocazione nella norma anche la tutela riconosciuta ai soggetti che abbiano visto lesi i diritti inviolabili della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.), concernenti la fattispecie del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale nel caso di morte o di procurata grave invalidità del congiunto.

Stabilendo che il danno non patrimoniale, costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva (sicché non è ammissibile nel nostro ordinamento la concepibilità d'un danno definito "esistenziale", inteso quale la perdita del fare arduale della persona), le Sezioni Unite hanno sancito che esso va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni, dovendo pertanto ritenersi sbagliata la prassi di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; la Suprema Corte riconosce però che la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale, anche se non un pregiudizio a sé stante.

Per quanto attiene la responsabilità contrattuale, le Sezioni Unite hanno precisato che anche dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale può derivare un danno non patrimoniale, che sarà risarcibile nei limiti ed alle condizioni appena riportate e quindi o nei casi espressamente previsti dalla legge, ovvero quando l'inadempimento abbia leso in modo grave un diritto della persona tutelato dalla Costituzione. In passato la Suprema Corte si è trovata ripetutamente ad affermare che l'unico criterio utilizzabile nella valutazione, ad esempio del danno biologico, è quello equitativo, non sussistendo elementi sicuri ed attendibili per la determinazione del valore biologico dell'uomo (cfr. Cass. civ., sez. III, 11 agosto 1997, n. 7459), considerando le circostanze del caso concreto, specificamente la gravità delle lesioni, gli eventuali postumi permanenti, l'età, le condizioni sociali e familiari del danneggiato, valutato in relazione ai due momenti dell'inabilità temporanea e dell'invalidità permanente del danneggiato; ha riconosciuto che il giudice può ispirarsi a criteri predeterminati e standardizzati, quali le tabelle elaborate da alcuni uffici giudiziari, anche se non in quello di sua appartenenza, che assumono quale parametro il valore medio del punto di invalidità, con la precisazione che, poiché il loro fondamento è la media dei precedenti giudiziari in un dato ambito territoriale e la loro finalità è quella di uniformare i criteri di liquidazione del danno, il giudice deve congruamente motivare le ragioni della sua scelta (cfr.: Cass. civ., sez. lav., 1° ottobre 2003, n. 14645 e 12 maggio 2006, n. 11039; Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2005, n. 16225 e 20 ottobre 2005, n. 20323). Sull'utilizzabilità dei parametri tabellari, nel rispetto del principio della personalizzazione e del criterio equitativo dell'approssimazione al preciso ammontare, e quindi delle tabelle milanesi, come quelle statisticamente maggiormente testate, che indicano dunque un criterio generale di valutazione adottabile per arrivare ad una quantificazione dell'ammontare preciso del risarcimento, si è espressa la Cass. civ., sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760; ancora, Cass. civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408: *"la liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi che, in difetto di previsioni normative (come l'art. 139 del codice delle assicurazioni private, per le lesioni di lieve entità conseguenti alla sola circolazione dei veicoli a motore e dei natanti), vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto"*.

Dette tabelle, così come espressamente enunciato nell'illustrazione dei criteri informativi, si sono del resto basate in passato, in conformità a quanto accennato in premessa, sulla valutazione medico-legale della lesione anatomico-funzionale nel suo aspetto statico, quale danno fisiologico, e nei suoi aspetti dinamico-relazionali medi, cioè sotto il profilo della compromissione della possibilità di espletare gli atti ordinari del vivere quotidiano nelle sue varie sfere (attività interrelazionali, produttive, sportive, sociali in genere), con personalizzazione con riferimento all'età del danneggiato e salva una ulteriore personalizzazione, attraverso

la valutazione di specifici profili soggettivi diversi ed ulteriori rispetto a quelli medi, da prendersi in considerazione ove allegati e provati.

A seguito dell'indirizzo giurisprudenziale di cui alla citata pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, le ultime tabelle, a partire dal 2009 e così anche le rinnovate tabelle 2018, propongono una liquidazione unitaria e congiunta del danno non patrimoniale biologico e di ogni altro danno non patrimoniale connesso alla lesione alla salute, così ricomprendendo il danno non patrimoniale conseguente a lesione permanente dell'integrità psicofisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale nei suoi risvolti anatomico-funzionali e relazionali medi, e il danno non patrimoniale conseguente alle medesime lesioni in termini di dolore, sofferenza soggettiva, in via di presunzione, pregiudizi liquidati separatamente sino al 2008; salva sempre la personalizzazione, attraverso percentuali di aumento dei valori monetari medi (individuati con riferimento all'andamento dei precedenti degli uffici giudiziari di Milano), in presenza, nel caso concreto, di peculiarità da allegarsi e provarsi dal danneggiato; sempre salva infine la possibilità per il giudice di modulare la liquidazione, anche oltre i valori massimi, in relazione a fattispecie eccezionali.

Secondo analoghi criteri sono stati proposti i valori di liquidazione, anche in tal caso congiunta ed intera, del danno non patrimoniale temporaneo derivante da lesione alla persona, da un minimo di € 98,00 ad un massimo, con aumento del 50 %, di € 147,00.

Viene altresì precisato che vanno distinte le ipotesi integranti reati colposi o dolosi, la tabella applicandosi solo alle prime, salva dunque la possibilità, nelle fattispecie in cui l'illecito sia stato cagionato con dolo, di valutare tutte le peculiarità del caso concreto e pervenire ad una liquidazione che superi la percentuale massima prevista in tabella.

La stessa Suprema Corte (Cass. civ., Sez. III, 15 maggio 2018, n. 11754) è tornata sul tema sancendo che *"nella liquidazione del danno non patrimoniale, in difetto di diverse previsioni normative e salvo che ricorrano circostanze affatto peculiari, devono trovare applicazione i parametri tabellari elaborati presso il Tribunale di Milano successivamente all'esito delle pronunzie delle Sezioni Unite del 2008, in quanto determinano il valore finale del punto utile al calcolo del danno biologico da invalidità permanente tenendo conto di tutte le componenti non patrimoniali, compresa quella già qualificata in termini di "danno morale" la quale, nei sistemi tabellari precedenti veniva invece liquidata separatamente, mentre nella versione tabellare successiva all'anno 2011 viene inclusa nel punto base, così da operare non sulla percentuale di invalidità, bensì con aumento equitativo della corrispondente quantificazione. Tuttavia il giudice, in presenza di specifiche circostanze di fatto, che valgano a superare le conseguenze ordinarie già previste e compensate nella liquidazione forfettaria assicurata dalle previsioni tabellari, può procedere alla personalizzazione del danno entro le percentuali massime di aumento previste nelle stesse tabelle, dando adeguatamente conto nella motivazione della sussistenza di peculiari ragioni di apprezzamento meritevoli di tradursi in una differente (più ricca, e dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari. (Nella specie, in relazione ad un'ipotesi di danno iatrogeno, la S.C. ha ritenuto meritevoli di valorizzazione, ai fini della personalizzazione del danno non patrimoniale, aspetti legati alle dinamiche emotive della vita relazionale ed interiore del soggetto leso, in quanto connotati da obiettive e riconoscibili ragioni di apprezzamento)".*

L'Osservatorio della giustizia presso il Tribunale di Milano ha inoltre elaborato nel 2016 nuove tabelle per il danno terminale ed il danno intermittente.

Il primo concerne la sofferenza di chi sopravvive al sinistro, resta cosciente e muore poco dopo: sofferenza psichica che va oltre le lesioni fisiche e non rientra nell'accezione del danno biologico; si tratta di un patimento di massima entità, per il quale occorre considerare lo stato di lucidità della vittima e non il lasso di tempo per cui l'agonia si protrae; il diritto al suo risarcimento è trasmissibile, dopo la morte, ai familiari eredi.

Per detta tipologia di danno sono stati proposti valori di liquidazione, comprensivi della componente biologica temporanea, che, fino ai tre giorni di sopravvivenza, raggiungono l'importo massimo di € 30.000,00, oltre importi giornalieri fino ai cento giorni e con percentuale massima di personalizzazione del 50 %: invero, ferma la necessità che tra lesioni e decesso intercorra comunque un lasso temporale minimo, non convenzionalmente individuabile, ma comunque apprezzabile e tale da consentire la prova di una sofferenza psicologica, il danno in questione non può del resto protrarsi per un tempo esteso, sicchè si suggerisce l'individuazione di un numero massimo di giorni, appunto 100, al di là del quale il danno

terminale non può prolungarsi, tornando ad esser risarcibile il solo danno biologico temporaneo ordinario; il criterio, sostenuto dall'esperienza medico legale, è dunque quello per cui il danno tende a decrescere col passare del tempo, dal momento che la massima sofferenza è percepita nel periodo immediatamente successivo all'evento lesivo per poi scemare nella fase successiva.

Nell'edizione per il 2018 le Tabelle hanno preferito definire la seconda tipologia di danno "danno da premorienza", che riguarda l'ipotesi di chi subisca una menomazione a seguito di un evento lesivo e deceda prima della liquidazione del pregiudizio sofferto per una causa esterna ed indipendente dalla lesione subita; in questo caso la durata della vita futura dell'avente diritto al risarcimento non è più un dato ipotetico, in base al quale viene calcolata l'entità del risarcimento per l'invalidità permanente determinata, ma un dato certo; pertanto la liquidazione del danno va parametrata al numero di anni effettivamente vissuti e non all'aspettativa di vita residua.

Si è dunque optato per l'adozione di un criterio liquidativo che utilizza quale parametro il risarcimento annuo mediamente corrisposto ad ogni percentuale invalidante secondo i valori monetari individuati dalle Tabelle medesime, che corrisponde al rapporto tra il risarcimento medio e l'aspettativa di vita media; vengono dunque proposti valori di liquidazione, riferiti alla percentuale d'invalidità e degli anni trascorsi dall'evento lesivo ed anche in tal caso con la previsione di percentuali massime di personalizzazione.

Venendo al caso di specie, per quanto concerne il danno patito dal sig. (*omissis*), l'evidenziato inesatto adempimento imputabile ai sanitari dell'AUSL convenuta ha comportato unicamente l'accelerazione dell'evento morte e dunque la perdita per il paziente della "chance" di vivere per un periodo di tempo più lungo.

Rilevando, ai fini della liquidazione equitativa di detto danno, lo scarto temporale tra la durata della sopravvivenza effettiva e quella della sopravvivenza possibile in caso di tempestiva diagnosi e tempestiva adozione delle misure terapeutiche del caso, stimato in circa due anni, non essendo possibile identificare alcun periodo di inabilità assoluta e relativa, né essendo configurabile una invalidità permanente a seguito del verificarsi dell'evento morte, sembra necessario prescindere dai criteri tabellari sopra richiamati e fare ricorso ad un criterio equitativo puro.

Va ricordato a tal riguardo (Cass. civ., Sez. II, 27 dicembre 1994, n. 11202; conforme Cass. civ., Sez. I, 10 luglio 2003, n. 10850) che "al criterio di determinazione equitativa del danno ex art. 1226 cod. civ. è consentito ricorrere soltanto in presenza di una impossibilità, o motivata grande difficoltà, di procedere alla esatta quantificazione del danno, non già per surrogare il mancato accertamento della prova della responsabilità del debitore nella determinazione del ritardo o la mancata individuazione della prova del danno nella sua esistenza"; Cass. civ., Sez. III, 14 ottobre 2004, n. 20283: "*Qualora sia provata, o non contestata, l'esistenza del danno, il giudice può far ricorso alla valutazione equitativa del danno non solo quando è impossibile stimare con precisione l'entità dello stesso, ma anche quando, in relazione alla peculiarità del caso concreto, la precisa determinazione di esso sia difficoltosa, e nell'operare la valutazione equitativa egli non è tenuto a fornire una dimostrazione minuziosa e particolareggiata della corrispondenza tra ciascuno degli elementi esaminati e l'ammontare del danno liquidato, essendo sufficiente che il suo accertamento sia scaturito da un esame della situazione processuale globalmente considerata*").

Nel caso di specie deve considerarsi che il suddetto periodo di due anni per un verso fu comunque compromesso, quanto meno per la metà, dalla progressiva ingravescenza della qualità della vita, per altro verso si rese ancor più doloroso per la consapevolezza dell'errore medico e per la perdita di ogni speranza, se non di guarigione, di prolungare le prospettive di vita.

Appare dunque equo risarcire il danno alla persona del sig. (*omissis*), avuto riguardo alla consistenza della possibilità di sopravvivenza perduta ed apprezzata la plausibile intensità delle sofferenze in termini di patimenti fisici e psichici, quantunque per la più gran parte connessi all'oggettività della patologia ingravescente che non avrebbe potuto che esitare nella morte, riconoscendo la somma, con determinazione all'attualità, di € 100.000,00.

Si tratta di risarcimento trasmissibile agli eredi: invero, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte i prossimi congiunti di persona deceduta a causa di un fatto illecito sono titolari *iure hereditatis* del diritto di agire quali eredi e nei limiti della relativa quota, per ottenere il risarcimento del danno biologico e di quello patrimoniale sofferto in vita dal defunto ed entrato a far parte di questi prima della sua morte, a condizione che sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo tra le lesioni colpose e la morte causata dalle stesse, né alla

proponibilità di tale domanda da parte degli eredi osta la presentazione di altra domanda, volta a conseguire *iure proprio* nella qualità di prossimi congiunti del defunto, il risarcimento del danno morale, e dell'eventuale danno biologico o patrimoniale, subito direttamente a causa della morte del congiunto" (Cass. civ., sez. III, 9 marzo 2004, n. 4754).

Inoltre la Suprema Corte ha riconosciuto che "è configurabile un danno biologico risarcibile per gli stretti congiunti della persona deceduta per effetto di illecita condotta altrui, allorché le sofferenze causate a costoro da detta perdita abbiano determinato una lesione della integrità psico-fisica degli stessi" (Cass. civ., sez. III, 25 febbraio 2000, n. 2134); il danno biologico risarcibile per gli stretti congiunti della persona deceduta per effetto di illecita condotta altrui deve tener conto anche delle sofferenze causate dalla perdita del congiunto, che abbiano determinato una lesione della loro integrità psico-fisica, non essendo il relativo pregiudizio esaurito dalla liquidazione del danno morale" (Cass. civ., Sez. III, 19 maggio 2006, n. 11761); *"la morte di un prossimo congiunto può causare nei superstiti sia una sofferenza morale per la perdita del rapporto parentale, sia un danno biologico vero e proprio. Quest'ultimo pregiudizio tuttavia sussiste solo in presenza di una effettiva compromissione dello stato di salute fisica o psichica di chi lo invoca, la quale deve essere specificamente allegata con l'atto introduttivo del giudizio"* (Cass. civ. Sez. III, 28 novembre 2008, n. 28423). Escluso nel caso di specie un danno biologico vero e proprio riconoscibile alla sig. (omissis), quanto al danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale riconoscibile alla medesima moglie ed ai figli del sig. (omissis) (come accennato riconducibile nell'ambito dell'art. 2059 c.c. con riferimento alla lesione dei diritti costituzionalmente garantiti di cui agli artt. 2, 29 e 30 Cost.), la Suprema Corte ha affermato che *"la liquidazione del danno non patrimoniale subito dai congiunti in conseguenza dell'uccisione del familiare deve avvenire in base a valutazione equitativa, vertendosi in tema di lesione di valori inerenti alla persona, in quanto tali privi di contenuto economico; e deve tener conto dell'intensità del vincolo familiare, della situazione di convivenza e di ogni ulteriore utile circostanza, quali la consistenza più o meno ampia del nucleo familiare, le abitudini di vita, l'età della vittima e dei singoli superstiti"* (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828). *"La liquidazione del danno morale non può essere compiuta se non con criteri equitativi, tenendo conto della gravità del reato e del patema d'animo subito dalla vittima. La concreta determinazione dell'ammontare del danno, che non può in ogni caso essere compiuta con riferimento ai valori medi adottati dall'ufficio giudiziario per casi consimili, rimane insindacabile in sede di legittimità qualora il giudice dia conto d'aver considerato questi fattori ed il giudizio sia congruente al caso (con adeguamento del danno alle singole realtà individuali in considerazione degli aspetti relazionali tra superstiti e defunto e conseguente riconoscimento ai parenti più prossimi o conviventi di un risarcimento maggiore, sul presupposto - desunto dalle comuni regole di esperienza - che quanto più stretto è il rapporto parentale tanto più intenso è il dolore, specie se al rapporto si associ la convivenza), e la determinazione non risulti palesemente sproporzionata per difetto od eccesso"* (Cass. civ., sez. III, 11 agosto 2004, n. 15568). Richiamato quanto detto sopra a riguardo dell'utilizzabilità dei parametri di cui alle tabelle del Tribunale di Milano, relativamente al danno da perdita del rapporto parentale, va ricordato inoltre come l'esplicazione dei criteri orientativi già contenuta in allegato alle tabelle redatte per il 2008 chiarisse specificamente che, pur facendosi riferimento al danno morale, dunque apparentemente al mero aspetto del danno da sofferenza contingente, si teneva conto anche della lesione del rapporto parentale, quale interesse costituzionalmente protetto risarcibile nell'ambito dell'unitario danno non patrimoniale, diverso dal biologico, e che la commisurazione del danno non patrimoniale risarcibile veniva disancorata da ogni riferimento al danno biologico del 100% subito dalla vittima primaria, *"privilegiando invece essenzialmente nella liquidazione il legame familiare tra la vittima primaria e le vittime secondarie e tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto (tipizzabili in particolare nella sopravvivenza o meno di altri congiunti, nella convivenza o meno di questi ultimi, nella qualità ed intensità della relazione affettiva residua, nella qualità ed intensità della relazione affettiva che caratterizzava il rapporto parentale con la persona perduta)"*.

Tali criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante dalla perdita - grave lesione del rapporto parentale sono stati ribaditi con la relazione esplicativa in allegato alle tabelle per l'anno 2014, e poi con la relazione in allegato a quelle da ultimo pubblicate per l'anno 2018, con le quali, oltre all'adeguamento dei valori e l'inserimento dell'ipotesi del nonno cui venga a mancare il nipote, è sempre prevista una forbice che consente di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto; viene altresì fatta salva la possibilità di riconoscere il danno da perdita del rapporto parentale anche a soggetti diversi da quelli

previsti in tabella, purchè venga fornita la prova di un intenso legame affettivo e di un reale sconvolgimento di vita della vittima secondaria a seguito della morte (ma ciò vale anche per la grave lesione biologica) del congiunto. Nel caso di specie parte attrice ha richiesto il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale, come se questa fosse stata determinata, e non già invece solo accelerata, da quanto ascrivibile ai sanitari della convenuta AUSL.

Volendo fare riferimento alle tabelle milanesi, occorre invece considerare soltanto il danno da perdita della chance di sopravvivenza del congiunto per il periodo di due anni di cui si è detto, comunque caratterizzato dalle condizioni penose in cui quegli versava e dunque dalla sola possibilità, per la sig.ra (*omissis*) ed i suoi figli, di continuare ad assisterlo ed esprimergli l'amore e la compassione che si nutrono verso un marito ed un padre così gravemente malato (i figli peraltro di soli tre ed un anno), fino all'inevitabile sua morte.

Si reputa allora congruo un risarcimento in favore sia della moglie che di ciascuno dei due figli che, nell'ambito dell'ampia forbice di valori medi di liquidazione proposti (da € 165.969,00 ad € 331.920,00) si attesti su una frazione della soglia inferiore, maggiore per la moglie, più consapevolmente provata per le condizioni del marito, pari a circa la metà e dunque ad € 80.000,00, minore per i figli in così tenera età, pari ad un terzo e dunque ad € 55.000,00.

Per quanto concerne i danni patrimoniali, non sono state documentate spese mediche e le spese funerarie, così come eventuali perdite di reddito da lavoro per l'assistenza costante dovuta prestare dalla moglie al marito nell'ultimo periodo della sua ingravescente malattia, non sono da porre in nesso di causalità con l'accelerazione dell'evento morte, sia la fase terminale della malattia che la stessa morte comunque eventi entrambi ineluttabili.

Può invece essere riconosciuto il risarcimento del danno patrimoniale riferito al fatto di essere state private le parti attrici del reddito che il proprio congiunto avrebbe potuto riservare loro se fosse sopravvissuto due anni in più, ferma restando la sua incapacità lavorativa nella fase terminale della malattia. Possono invero prendersi in considerazione i contributi che il defunto avrebbe presumibilmente apportato a beneficio dell'attrice sua moglie "per la pratica di vita improntata a regole etico-sociali di solidarietà e di costume" (cfr.: Cass. civ., sez. III, 25 marzo 2002, n. 4205, sez. III, 19 agosto 2003, n. 12124), nonché le provvidenze che ai figli avrebbe destinato quale "beneficio di un sostegno durevole, prolungato e spontaneo" (cfr.: Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2003, n. 11003).

Ritenendo dunque probabile che il sig. (*omissis*), se rimasto in vita in quei due anni, avrebbe a loro riservato una percentuale del proprio reddito pari almeno alla metà, documentato il reddito annuo netto goduto nell'anno prima della morte in € 30.800,00, può dunque riconoscersi a tal titolo pari somma, rivalutabile ad oggi in € 32.925,20 (coefficiente di rivalutazione del valore della moneta nel giugno 2011, epoca del decesso del (*omissis*), riferito al mese di settembre 2018, ultimo dato conosciuto: 1,069).

(*omissis*)

L'obbligazione risarcitoria configura, come è noto, debito di valore, con la conseguenza che il giudice deve tener conto, anche di ufficio, della svalutazione monetaria verificatasi fino alla data della liquidazione, in quanto l'integrale ed effettiva reintegrazione del patrimonio del danneggiato nella situazione in cui questi si sarebbe trovato se non si fosse verificato l'evento dannoso, alla quale il risarcimento è preordinato, può essere conseguita solo tenendo conto di tale svalutazione (cfr. Cass. civ., sez. II, 9 agosto 1983, n. 5337 e numerose altre conformi).

Quanto agli interessi, cosiddetti compensativi, essi costituiscono invece una mera modalità liquidatoria del danno da ritardo nei debiti di valore e nel riconoscimento degli stessi non è configurabile alcun automatismo, "sia perché il danno da ritardo che con quella modalità liquidatoria si indennizza non necessariamente esiste, sia perché, di per sé, esso può essere comunque già ricompreso nella somma liquidata in termini monetari attuali" (Cass. civ., sez. III, 25 agosto 2003, n. 12452).

Nel caso di specie parte attrice si è limitata a chiedere gli interessi legali senza nessuna ulteriore specificazione; pertanto, liquidata la somma capitale in termini monetari attuari, secondo i criteri sopra evidenziati, la mancanza di ogni deduzione ed elemento di prova a riguardo del pregiudizio che sarebbe stato subito per il mancato godimento nel tempo dell'equivalente in denaro del bene perduto, la richiesta di interessi, pura e semplice, deve essere disattesa.

Alla data di pubblicazione della sentenza, che costituisce il momento in cui il credito dedotto in giudizio diviene liquido ed esigibile, il correlativo debito si converte in debito di valuta ed il ritardo

nell'adempimento, come per ogni obbligazione pecuniaria, comporta, a norma dell'art. 1224 c.c., il diritto agli interessi di mora al tasso legale (salvo che non siano dovuti in misura superiore o non si dimostri un danno maggiore).

Le spese seguono la soccombenza, secondo liquidazione come da dispositivo, alla luce delle disposizioni di cui all'art. 13 comma 6 della legge 31 dicembre 2012 n. 247 ed a seguito dell'entrata in vigore del D.M. 10 marzo 2014 n. 55, in G.U. del 2/4/2014 n. 77 (scaglione di valore, con riferimento alla somma attribuita piuttosto che a quella domandata: da € 260.000,01 ad € 520.000,00; fasi di studio, introduttiva, istruttoria e decisionale: valori medi).

(omissis)

NOTA (1) (2) ALCUNE CONSIDERAZIONI DEL PROBLEMATICO RAPPORTO TRA OMESSA DIAGNOSI E DANNO DA PERDITA DI CHANCE.

La sentenza in commento è solo apparentemente una "classica" sentenza in tema di responsabilità medica.

Le tematiche affrontate in effetti sono note.

Si parte dal principio fondamentale del consenso informato, si affronta la tematica della responsabilità di natura contrattuale dell'Ente ospedaliero verso e nei confronti del malato (e ciò indipendentemente dalla legge del 2017). Non mancano, proprio in ragione della natura contrattuale le indicazioni in tema di riparto dell'onere della prova per il caso di inadempimento e, anche, e strettamente connesso a quest'ultimo, in ordine alla delicata questione del nesso causale.

Tuttavia l'argomento che maggiormente interessa in questa sede è il danno da perdita di chance.

Non si comprende per quale motivo la sentenza in commento da una parte si dilunghi sulle tematiche sopra riportate e successivamente, non ne prenda in considerazione nemmeno una concentrandosi, per la soluzione del caso sul danno da perdita di chance, ove, tuttavia, manca quella stessa meticolosa ricostruzione delle questioni in tema di responsabilità medica che fino a quel momento caratterizzava la sentenza.

Seguendo lo schema metodologico fatto – norma – effetto è possibile esaminare la sentenza in commento, anticipando da subito che il principio di diritto utilizzato dal Tribunale, sinceramente non convince.

Il fatto: una donna (con i figli) conveniva in giudizio la Asl, per sentirla condannare al risarcimento dei danni subiti a causa della condotta negligente dei sanitari, i quali, omettendo un tempestivo e corretto inquadramento diagnostico e terapeutico per il defunto marito, non avevano consentito al paziente, affetta da una patologia tumorale. La domanda proposta, almeno leggendo la sentenza era una richiesta di condanna della ASL al risarcimento "di tutti i danni subiti patrimoniali e non patrimoniali" iure hereditatis e iure proprio quantificati in una somma in oltre un milione di euro.

La sentenza prima di entrare nel vero pectus dolens della questione, esamina con molta precisione e scrupolo tutti gli arresti giurisprudenziali in tema di responsabilità. Vengono così esaminati il ruolo del consenso informato, il ruolo della nozione della condotta ex se rilevante ai fini dell'accertamento del nesso di causalità materiale che, solo se ritenuto sussistente, impone al giudice l'ulteriore verifica della possibilità di attribuire a titolo di colpa detto evento e, dunque, alla colorazione in chiave colposa della condotta (quale che sia) all'autore del danno evento. Spiega e chiarisce la sentenza di come il danno non patrimoniale sia risarcibile nei soli casi stabiliti dalla legge e chiarisce come esso danno non patrimoniale vada inteso come "essere ad una testa" e non a tre, quattro dieci, cento teste, come chiarito dalle sentenze di San Martino del 2008 che, al più hanno sempre un valore meramente descrittivo del danno non patrimoniale che è e rimane sempre unico ed uguale a sé stesso. Viene spiegato poi che per poter risarcire il danno di tipo biologico che è solo uno degli aspetti descrittivi di quell'unica testa chiamata danno non patrimoniale (e qui forse il Tribunale dimentica come vedremo questo aspetto) ormai soccorrono le tabelle milanesi, grazie, evidentemente anche al placet ricevuto dalla Cassazione nel 2011. Tra le varie voci di danno inserite in queste tabelle, vi sono, ricorda sempre il Tribunale, non solo i danni biologici con effetti temporanei o permanenti, assoluti o relativi, ma anche le ormai note voci di danno "anatomologico" e danno da intermittenza"

Si noti come fino a questo momento la sentenza è semplicemente perfetta, completa, lucida, chiara, con riferimenti giurisprudenziali non solo puntuali, non solo recenti, ma logicamente concatenati nello sviluppo logico – motivazionale semplicemente perfetto.

Poi, però, forse, l'errore.

Si diceva dello schema metodologico che si intende seguire. Dopo il fatto, la norma, e dopo la norma, l'effetto.

Il Tribunale individua l'istituto che consentirebbe il risarcimento del danno non patrimoniale sul danno da perdita di chance.

È infatti emerso, si legge in motivazione che secondo la CTU "è innegabile la sussistenza di un rapporto di causalità materiale tra l'omissione dell'informazione e dell'attuazione dei necessari accertamenti clinico – strumentali e terapeutici che il caso esige e la morte del paziente, quanto meno sotto il profilo della accelerazione dell'evento". È questo il "trampolino fattuale" che apre la strada al Tribunale al danno da perdita di chance. Viene infatti precisato come nella fattispecie in esame non possa assolutamente trovare applicazione il risarcimento del danno biologico fondato sulle tabelle milanesi, poiché "per quanto concerne il danno patito dal paziente, l'evidenziato inesatto adempimento imputabile ai sanitari della AUSL convenuta ha comportato unicamente l'accelerazione dell'evento morte e dunque la perdita per il paziente della chance di vivere per un periodo di tempo più lungo" accertato ragionevolmente in anni due, sulla base della relazione peritale. Orbene, conclude sul punto la sentenza: trattandosi di un danno da perdita di chance, nella specie rilevarebbe ai fini della sua quantificazione risarcitoria esclusivamente il criterio equitativo. Più precisamente, "rilevando ai fini della liquidazione equitativa di detto danno, lo scarto temporale tra la durata della sopravvivenza effettiva e quella della sopravvivenza possibile in caso di tempestiva diagnosi e tempestiva adozione delle misure terapeutiche del danno, stimato in circa due anni, non essendo possibile identificare alcun periodo di inabilità assoluta e relativa, né essendo configurabile una invalidità permanente a seguito del verificarsi dell'evento morte, sembra necessario prescindere dai criteri tabellari sopra richiamati (le tabelle milanesi n.d.r.) e fare ricorso ad un criterio equitativo puro".

Tuttavia ci saremmo aspettati che proprio sul danno da perdita di chance il Tribunale argomentasse spiegando perché proprio l'istituto della perdita di chance e non altri. E non può certo dirsi che la spiegazione risieda nel fatto che non trovando applicazione nella fattispecie al vaglio del giudice alcuna delle voci delle tabelle milanesi "spendibili", l'unica posta di danno "rimanente" era il danno da perdita di chance. Ci saremmo anche attesi, a dirla tutta, anche almeno qualche richiamo alla giurisprudenza della Cassazione, specie alla luce delle recentissime sentenze della terza sezione civile del 2018 laddove, invece, l'unico richiamo nella sentenza in commento nella parte che potremmo definire "il cuore della sentenza" è solo al "quando" il giudice può decidere secondo equità.

Il danno da perdita di chance, nata nella elaborazione dottrinale francese ha avuto una difficile e tormentata ambientazione nel panorama della responsabilità civile italiana.

La figura si realizza quando il soggetto leso, a causa dell'inadempimento del suo debitore o del fatto illecito di un terzo, perde la possibilità di conseguire un'utilità, che può consistere in un vantaggio economico o in un altro risultato positivo. I profili di maggiore problematicità discendono dalla difficoltà di dare tutela ad una situazione giuridica collegata ad un vantaggio necessariamente ipotetico in quanto ormai irrealizzabile a causa del fatto illecito del terzo.

Siffatto pregiudizio ha ad oggetto la perdita di una occasione favorevole dell'opportunità di conseguire un bene della vita da parte del soggetto leso. La rilevanza giuridica della chance sorge, paradossalmente, al momento della sua estinzione. La chance può definirsi come una utilità suscettibile di valutazione economica, in quanto possibilità, più o meno prossima, di conseguire un ampliamento della sfera giuridica del titolare, dimodoché non può affermarsi che il patrimonio giuridico di questi abbia la medesima consistenza prima e dopo il fatto lesivo.

Il primo problema di questo istituto è la sua qualificazione giuridica specie se la si qualifica come danno conseguenza posto che l'art. 1223 c.c. richiede, ai fini del riconoscimento del diritto al risarcimento, i requisiti dell'attualità e della certezza del pregiudizio subito, potendo quest'ultimo configurarsi come danno emergente o lucro cessante.

Meno problematica, a dirla tutta è la sua qualificazione quale danno evento, posto che dopo le Sez. Un. n. 500 del 1999 la cassazione ha precisato che il requisito della ingiustizia va riferita al danno e non alla

condotta in relazione alla quale condotta, può porsi invece un problema di imputabilità e colpevolezza. Ciò che conta è che la condotta abbia determinato un danno ingiusto e cioè non iure e cioè lesivi di "interessi giuridicamente rilevanti". Il problema della chance quale danno-evento da questo punto di vista può dirsi allora risolto in ragione del riconoscimento della sua rilevanza giuridica quale componente attiva della sfera giuridica di un soggetto. Stando così le cose, allora la lesione della chance può venire in rilievo sia nell'ambito della responsabilità ex 2043 c.c. che in quella contrattuale.

Più ardua è invece la questione circa la qualificazione giuridica del danno conseguente alla perdita di chance in termini di danno emergente o lucro cessante. Come noto, il danno emergente deve identificarsi con la diminuzione patrimoniale subita, e dunque con la violazione dell'interesse del creditore al conseguimento del bene dovuto o alla conservazione dei beni che costituiscono il suo patrimonio. Il lucro cessante, invece, consiste nel mancato incremento patrimoniale o comunque nella mancata acquisizione di un'utilità o di un vantaggio, che il danneggiato avrebbe conseguito, se il suo debitore avesse regolarmente adempiuto l'obbligazione o se non fosse intervenuto il fatto illecito di un terzo¹.

Un primo orientamento qualifica la perdita di chance come ipotesi di lucro cessante la chance non è di per sé un interesse giuridicamente rilevante in quanto costituisce una mera aspettativa di fatto in quanto riconnette il pregiudizio al mancato conseguimento di un bene futuro, non ancora presente nella sfera giuridica del soggetto leso.

L'inquadramento come lucro cessante risiede nel fatto che il lucro cessante, difatti, consiste in un danno futuro ma certo, in quanto l'incremento patrimoniale non è stato ancora acquisito, ma vi erano i presupposti che ne avrebbero garantito la realizzazione, e che però il fatto illecito o l'inadempimento ha fatto venir meno.

La perdita di chance si atteggia, invece, come un danno potenziale e incerto, una mera diminutio spei, poiché non è possibile dimostrare che, in assenza dell'inadempimento o del fatto illecito, l'utilità sarebbe stata conseguita, né tantomeno che fossero certi i presupposti per conseguirla².

Se si accogli tale tesi, occorrerebbe svolgere una valutazione prognostica sulle possibilità di conseguire il risultato ambito ed ormai irraggiungibile.

I confini che separano le due figure, come ben osservato risultano ben visibili, specie se si considera che con il lucro cessante si realizza una compromissione di presupposti che sono attuali al momento della realizzazione e consumazione della condotta illecita, che da soli sono sufficienti a garantire il risultato futuro favorevole. Diverso è per la perdita di chance, ove, invece a venire meno è proprio un presupposto necessario ma da solo non sufficiente alla realizzazione del vantaggio futuro, per cui la sussistenza di un legame eziologico tra perdita del risultato finale e fatto illecito o inadempimento è solo eventuale³.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti accolgono la tesi del danno emergente. La chance in quanto concreta ed effettiva possibilità di conseguire un determinato vantaggio, è una entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione. La sua perdita allora configura un danno attuale e risarcibile consistente nel danno emergente. Insomma, la perdita di chance integrerebbe un vulnus nel patrimonio del danneggiato nella sua consistenza attuale e non futura ed ipotetica. Essa è pertanto qualificata come danno emergente. Il bene leso viene allora individuato non nel risultato utile finale, bensì nella possibilità presente ed attuale di realizzarlo. Si è in presenza, quindi, di un danno presente e certo e non di un danno futuro e incerto. La possibilità eventuale di conseguire un utile si considera, perciò, essa stessa un utile autonomo e attuale, la cui compromissione si qualifica, a questo punto, come danno emergente di per sé meritevole di ristoro.

Spesso proprio la chance perduta è stata utilizzata nella responsabilità medica. Capostipite in questo senso è certamente la sentenza della Cassazione, sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400⁴: "in tema di responsabilità medica, costituisce danno risarcibile non solo la perduta possibilità, in conseguenza della omissione medica, di una guarigione certa, ma anche la perduta possibilità di una guarigione eventuale. Quest'ultimo danno,

¹ BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in SCIALOJA-BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1979, 236.

² FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2010, 89 ss.

³³ GARREFFA, *Il danno da perdita di chance: una sentenza di merito che ne denuncia la fallacia dogmatica*, in *Corr. Giur.*, 2017, 12, 1521 (nota a sentenza).

⁴ Cass. civ., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Giust. civ.*, 2005, 9, I, 2115.

consistente nella perdita della *chance* di sopravvivenza è ontologicamente diverso dal danno consistente nella perdita del risultato sperato.”

Il caso che era stato sottoposto alla Corte Suprema presenta ampie similitudini con il caso deciso dalla sentenza in commento: il personale sanitario di un ente ospedaliero aveva errato la diagnosi e impedito così un tempestivo intervento chirurgico sul paziente, che avrebbe potuto impedire la morte o, quanto meno, prolungare il periodo di sopravvivenza.

In quella occasione, la Corte ha evidenziato che la chance costituisce un'entità patrimoniale a sé stante, suscettibile d'autonoma valutazione sul piano economico e giuridico, onde la sua perdita configura un danno concreto attuale, da commisurarsi non alla perdita del risultato a cui la chance volgeva, bensì alla mera possibilità di raggiungerlo.

Sono evidenti gli echi della teoria ontologica”, con la particolarità che ad assumere natura patrimoniale è un bene/entità costituito di possibilità proiettate verso un interesse, viceversa, non patrimoniale (qual è quello alla sopravvivenza o alla guarigione). Anche in questa pronuncia, peraltro, si affermò la necessità, ai fini della risarcibilità del danno, che la chance abbia una certa consistenza.

Un “riallineamento” con la natura della situazione giuridica finale sembrò realizzarsi - quantomeno a livello concettuale - con Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, nella quale si sostenne che “il concetto di patrimonialità va correlato al bene in relazione al quale la chance si assume perduta e, quindi, in riferimento al danno alla persona, ad una chance di conservazione dell'integrità psico-fisica o di una migliore integrità psico-fisica o delle condizioni e della durata dell'esistenza in vita”. Il ragionamento non fu, però, condotto alle estreme conseguenze, non venendo configurato un danno non patrimoniale, e anzi riproponendosi la definizione della chance quale entità “patrimoniale” autonoma.

La teoria ontologica fa da sfondo alle pronunce in tema di perdita di chance di sopravvivenza, occorrenti per lo più nei casi di tardiva diagnosi di una patologia tumorale suscettibile di cagionare la morte del paziente, con conseguente ritardo nella somministrazione di una terapia che, per quanto non idonea a scongiurare l'exitus, avrebbe potuto quantomeno lenire le sue sofferenze, ovvero rallentare il decorso infausto della malattia, assicurandogli qualche mese (o anno) di vita in più. Si sono occupate della fattispecie (oltre alla già citata Cass., 19 maggio 2008, n. 23846⁵) Cass., 14 giugno 2011, n. 12961; Cass., 27 marzo 2014, n. 7195 e Cass., 14 novembre 2017, n. 26822. Anche con riferimento a questa “declinazione” del danno da perdita di chance - che sembrerebbe esibire un pregiudizio eminentemente non patrimoniale - la giurisprudenza ha continuato a richiamare i precedenti che dipingono la chance come bene giuridico autonomo, sebbene (come subito si vedrà) in alcuni casi le soluzioni adottate appaiano più coerenti con la teoria eziologica.

Nella motivazione della sentenza n. 23846 del 2008 si legge: “è innegabile che nel mese di tempo fra la diagnosi errata e quella esatta la [attrice] ha visto perdurare il suo stato di sofferenza fisica senza che ad esso potesse essere apportato un qualche pur minimo beneficio perché vi era stata quella diagnosi erronea, mentre se la diagnosi fosse stata esatta la sua condizione di sofferenza avrebbe potuto essere alleviata, come poi lo fu quando la diagnosi venne fatta in modo corretto”. Si parla esplicitamente di “danno alla persona”, dunque di un pregiudizio indubitabilmente non patrimoniale, correlato com'è all'alleviamento delle sofferenze della vittima o alla possibilità di vivere più a lungo, senza alcuna menzione di riflessi patrimoniali.

In questo scenario, sono intervenute, nel 2018, tre pronunce della Corte di cassazione, le quali si sono cimentate in un'opera di sistemazione teorica della materia. La prima (Cass., 9 marzo 2018, n. 5641), occupandosi di un caso di ritardo colposo nella diagnosi di un tumore polmonare, ha preso le mosse dalla censura di quello che viene definito il “duplice paralogismo” della teoria della chance, consistente, da un lato, nel ricostruire i tratti caratterizzanti della figura - invariabilmente - intorno al modello del danno

⁵ Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Corriere Giur.*, 2009, 6, 809 nota di AMENDOLAGINE: In tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo, prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la “chance” di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la “chance” di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti.

patrimoniale; e, dall'altro, nel sovrapporre impropriamente i due distinti elementi della fattispecie dell'illecito, rappresentati dal nesso causale e dal bene tutelato oggetto della lesione⁶.

È probabilmente un errore utilizzare nella responsabilità medica un concetto che è stato elaborato in altri settori del diritto per dare rilevanza a situazioni del tutto differenti, come quelle che riguardano la mancata possibilità di ottenere un avanzamento di carriera o alla delusa aspettativa dei genitori alle sovvenzioni e alle provvidenze, di cui avrebbero potuto godere in vecchiaia, se il fatto illecito non avesse provocato la morte del figlio; fino ad arrivare al settore amministrativistico della lesione degli interessi legittimi pretensivi⁷. Si è ritenuto che l'omessa diagnosi di una patologia, che abbia avuto come conseguenza la mancata tempestiva effettuazione di un intervento e il peggioramento delle condizioni di salute del paziente (o il suo decesso), incidesse su tali chances di sopravvivenza e che le stesse rappresentassero, pertanto, il bene (futuro e incerto) danneggiato dalla condotta colpevole del medico.

Tuttavia è qui che risiede l'errore nel quale anche il Tribunale nella sentenza in commento è incorso. L'evento di danno che va messo in relazione causale con la condotta omissiva è rappresentato non già dalle chance perdute di maggiore sopravvivenza, ma dalla stessa minore durata della vita del paziente e dalla sua peggiorata qualità, dovute alla mancanza di tempestiva diagnosi.

Come ha ben chiarito la Cassazione (sent. 19 marzo 2018, n. 6688) l'espressione *chance*, con riferimento alla perdita della possibilità di sopravvivenza per un periodo limitato, non è pertinente in quanto il concetto di danno non è riferito al mancato conseguimento di qualcosa che il soggetto non ha mai avuto e dunque ad una possibilità spinta verso il futuro, cui invece sottintende il concetto di *chance*, bensì è connesso alla perdita di qualcosa che il soggetto già possedeva e di cui avrebbe certamente fruito se non vi fosse stata l'imperizia del medico.

La Cassazione nella sentenza n. 5641 del 2018⁸ dedica un primo, inoppugnabile, passaggio argomentativo: se sul piano dell'accertamento causale - osserva la Corte - tra la condotta colposa e il danno lamentato esiste come è nel caso in commento, una dimostrata relazione di causa-effetto (secondo il più probabile che non) che consente al giudice di ascrivere al responsabile il mancato conseguimento del risultato atteso (la sopravvivenza, una migliore aspettativa di vita, una migliore qualità di vita del paziente) e non la privazione della sola possibilità di conseguirlo, allora andrà evitata l'indebita sovrapposizione del profilo causale a quello dell'identificazione del danno, così impedendo che quest'ultimo venga ricondotto, del tutto impropriamente, alla *chance*. Ove l'atto medico negligente abbia causato, con probabilità maggiore della contraria, la morte (o una riduzione della vita residua o una peggiore qualità della stessa) questo sarà il danno da risarcirsi.

Ove l'atto medico negligente abbia causato, con probabilità maggiore della contraria, la morte (o una riduzione della vita residua o una peggiore qualità della stessa) questo sarà il danno da risarcirsi⁹.

Ad analoga conclusione - rileva la Corte - si deve pervenire nell'ipotesi contraria, nella quale l'atto medico non abbia avuto alcun ruolo causale nella determinazione del pregiudizio sostanziale lamentato dal paziente: neppure qui sarà consentito ragionare di *chances* perdute e il giudizio avrà come unico esito possibile il rigetto della domanda.

La conclusione appare ineccepibile e nitida, eppure non totalmente recepita dalla giurisprudenza coeva che, attraverso un utilizzo meno rigoroso dell'idea di *chance*, rende inopportuno tortuoso - e foriero di inevitabile confusione - il ragionamento sul ruolo e sulla funzione della probabilità del risultato¹⁰.

⁶ LA BATTAGLIA, *Il danno da perdita di chance*, in *Danno e Resp.*, 2019, 3, 349 (commento alla normativa).

⁷ FREUDA, *Errore o ritardo nella diagnosi: quanto devono essere concrete le chances perdute?*, in *Responsabilità medica*, 2018, 269 ss.; sul punto (e, in particolare, sul "peso" della *chance* in ragione del valore dell'interesse protetto v. ampiamente anche ZIVIZ, *Quale modello per il risarcimento della perdita di chances di sopravvivenza?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1490 ss. Peculiare appare poi l'approccio nel diritto amministrativo: qui la posizione si divide tra coloro che propendono per la tutela automatica della *chance* perduta, come danno emergente (purché non sia meramente irrisoria o insignificante), rilevandone la misura solo sul piano del *quantum* (c.d. *chance "ontologica"*: cfr. Cons. Stato, 21 luglio 2016, n. 3304); e coloro che invece ne ammettono tutela alla sola condizione che essa abbia raggiunto un'apprezzabile consistenza, costituendo porzione in termini probabilistici dell'utilità futura perduta (e dunque un lucro cessante - c.d. *chance "eziologica"*: cfr. Cons. Stato, 31 maggio 2018, n. 4225).

⁸ Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 2018, n. 5641, Pres. ed est. TRAVAGLINO, in *Nuova Giur. Civ.*, 2018, 11, 1684, con nota di commento di GARREFFA.

⁹ Così la 5641, punto 4.

¹⁰ Ad esempio in Cass. civ. Sez. III Sent., 27/06/2018, n. 16919, in *Quotidiano Giuridico*, 2018, l'articolato ragionamento attraverso il quale la Corte riconosce la risarcibilità dell'accertata prospettiva per il paziente di sopravvivere alcuni mesi in assenza di errore medico, si snoda attraverso l'inusuale configurazione della *chance* come "danno-evento", salvo poi identificare l'evento stesso nel più limitato periodo di sopravvivenza; non sarebbe stato dunque necessario scomodare la *chance*, posto che non di "possibilità di

Appare utile allegare in questo senso un estratto della sentenza Cass. civ. n. 5641 del 2018, che schematizza le diverse ipotesi configurabili in caso di omessa o errata diagnosi, su cui può essere chiamato a esprimersi un CTU. Richiamiamo l'attenzione, in particolare, sul caso descritto sub b) che fa riferimento alla fattispecie oggetto della sentenza in commento e al caso descritto sub e), che rivela invece la residua sussistenza di un'ipotesi di applicazione del danno da perdita di chance anche in ambito sanitario.

Secondo la Cassazione, possono, pertanto, formularsi le seguenti ipotesi:

"a) La condotta (commissiva o più spesso omissiva) colpevolmente tenuta dal sanitario ha cagionato la morte del paziente mentre una diversa condotta (diagnosi corretta e tempestiva) ne avrebbe consentito la guarigione, alla luce dell'accertamento della disposta CTU. In tal caso l'evento - conseguenza del concorso di due cause, la malattia e la condotta colpevole - sarà attribuibile al sanitario, chiamato a rispondere del danno biologico cagionato al paziente e del danno da lesione del rapporto parentale cagionato ai familiari.

b) La condotta colpevole ha cagionato non la morte del paziente (che si sarebbe comunque verificata) bensì una significativa riduzione della durata della sua vita ed una peggiore qualità della stessa per tutta la sua minor durata. In tal caso il sanitario sarà chiamato a rispondere dell'evento di danno costituito dalla minor durata della vita e dalla sua peggior qualità, senza che tale danno integri una fattispecie di perdita di chance - senza, cioè, che l'equivoco lessicale costituito dal sintagma "possibilità di un vita più lunga e di qualità migliore" incida sulla qualificazione dell'evento, caratterizzato non dalla "possibilità di un risultato migliore", bensì dalla certezza (o rilevante probabilità) di aver vissuto meno a lungo, patendo maggiori sofferenze fisiche e spirituali.

c) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata e sull'esito finale, rilevando di converso, *in pejus*, sulla sola (e diversa) qualità ed organizzazione della vita del paziente (anche sotto l'aspetto del mancato ricorso a cure palliative): l'evento di danno (e il danno risarcibile) sarà in tal caso rappresentato da tale (diversa e peggiore) qualità della vita (intesa altresì nel senso di mancata predisposizione e organizzazione materiale e spirituale del proprio tempo residuo), senza che, ancora una volta, sia lecito evocare la fattispecie della *chance*.

d) La condotta colpevole del sanitario non ha avuto alcuna incidenza causale sullo sviluppo della malattia, sulla sua durata, sulla qualità della vita *medio tempore* e sull'esito finale. La mancanza, sul piano etiologico, di conseguenze dannose della pur colpevole condotta medica impedisce qualsiasi risarcimento.

e) La condotta colpevole del sanitario ha avuto, come conseguenza, un evento di danno incerto: le conclusioni della CTU risultano, cioè, espresse in termini di insanabile incertezza rispetto all'eventualità di maggior durata della vita e di minori sofferenze, ritenute soltanto possibili alla luce delle conoscenze scientifiche e delle metodologie di cura del tempo. Tale possibilità - i.e. tale incertezza eventistica (la sola che consenta di discorrere legittimamente di chance perduta) - sarà risarcibile equitativamente, alla luce di tutte le circostanze del caso, come possibilità perduta - se provato il nesso causale (certo ovvero "più probabile che non"), tra la condotta e l'evento incerto (la possibilità perduta) nella sua necessaria dimensione di apprezzabilità, serietà, consistenza".

A quanto fin qui evidenziato, va aggiunto una ulteriore voce di danno che pure nulla ha a che fare con il danno da perdita di chance posto che, nel caso sottoposto al Tribunale il danno da risarcire era l'atto medico negligente (id est omessa tempestiva diagnosi) che aveva purtroppo causato, con probabilità maggiore della contraria, una riduzione della vita residua oltre che un ben ragionevole peggioramento della qualità della stessa. Era quello il danno da che andava risarcito.

Ma non solo quello.

Nel caso di specie, come si vede, l'altro bene reale leso dal ritardo diagnostico - bene certo (sul piano sostanziale) ed effettivo - è dato dalla negazione del diritto di determinarsi liberamente nella scelta dei propri percorsi esistenziali anche - e anzi ancor più - in una condizione di vita affetta da una patologia ad

sopravvivenza" si tratta - come poi si legge nel principio di diritto enunciato - ma di conclamata minore sopravvivenza. Non diversamente Cass., 19 marzo 2018, n. 6688¹⁰, ritiene "non eccentrica" la prospettazione dell'attrice in termini di *chance* perdute (punto 4.7), posto che costei in assenza di errore medico si sarebbe potuta sottoporre ad un trattamento chirurgico "che le avrebbe probabilmente ben allungato la vita"; ancora una volta in quella "perdita di possibilità di sopravvivenza, da intendere in senso assoluto - guarigione - oppure in senso relativo, cioè per un congruo numero di anni", è evocata impropriamente la *chance*, dal momento che il pregiudizio sofferto non risiede nella "possibilità" di sopravvivere ma nella concreta minor sopravvivenza, accertata secondo il parametro probabilistico (del "more likely"). È esattamente ciò che afferma la n. 5641 del 2018.

esito inevitabilmente infausto e non già come ritenuto dalla sentenza in esame, da un danno da perdita di chance. La lesione di un diritto soggettivo specificatamente individuabile quale il diritto all'autodeterminazione, non solo terapeutica (relativa alla possibile opzione a favore di cure palliative), ma - in senso più ampio - all'autodeterminazione individuale intesa come presa di coscienza del sé quale soggetto responsabile della propria esperienza esistenziale, soprattutto nella fase conclusiva della vita¹¹.

Il ritardo diagnostico ha certamente causato l'impossibilità per il soggetto di ricorrere tempestivamente - ove questa fosse stata l'opzione prescelta - alle cure palliative e/o ad altri trattamenti che gli avrebbero garantito una migliore qualità di vita dal momento della (mancata) diagnosi a quello della morte, oltre che, potenzialmente, un apprezzabile prolungamento della vita residua.

La Cassazione, del resto, ha già avuto modo di ribadire¹² che il diritto alla salute è diverso dal diritto all'autodeterminazione¹³, nonché che la lesione del diritto all'autodeterminazione non necessariamente comporta la lesione della salute¹⁴.

La questione è stata più ampiamente indagata nelle fattispecie che presuppongono il consenso informato del paziente al trattamento sanitario¹⁵, allorquando la mancanza del consenso assume rilievo a fini risarcitori anche in assenza di una lesione del diritto alla salute, ovvero allorquando le ripercussioni sulla salute derivino in via riflessa, quale violazione del diritto fondamentale all'autodeterminazione¹⁶.

Che il danno da perdita di chance non sia l'istituto giusto può desumersi anche dal fatto che si ammette il risarcimento della perdita della possibilità di sopravvivenza, allora a fortiori dovrebbe essere risarcibile quella che è la perdita della certezza di sopravvivenza (c.d. danno tanatologico). La certezza di sopravvivenza altro non è che il bene vita. La differenza tra certezza di sopravvivenza e possibilità di sopravvivenza, pertanto, è esclusivamente di ordine quantitativo, non anche qualitativo. Stante la identità ontologica tra diritto alla vita e chance di sopravvivenza, non può ammettersi il risarcimento del danno da perdita di chance di sopravvivenza senza contraddire quanto stabilito dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 15350/2015, secondo cui la lesione del diritto alla vita per causa di morte non può essere risarcito¹⁷.

Marco Riario Sforza

¹¹ IRTI, *Danno non patrimoniale - il danno non patrimoniale da lesione del diritto all'autodeterminazione: danno in re ipsa?* *Giur. It.*, 2019, 2, 287 (nota Cass. civ., Sez. III, ord., 23 marzo 2018, n. 7260). La sentenza Cass. civ., Sez. III, ord., 23 marzo 2018, n. 7260 si inserisce in un filone di pronunce della terza sezione della Cassazione tese a ridefinire, nell'ambito della responsabilità medica, i "confini" della categoria del danno da perdita di chance: Cass., 19 marzo 2018, n. 6688 e Cass., 9 marzo 2018, n. 5641 - sono state commentate unitamente alla presente nel *Foro It.*, p. I, c. 1606, 2018, da PARDOLESI-TASSONE, *La perdita delle chance e le forbici della terza sezione*.

¹² *Ex pluris* Cass., 9 settembre 2010, n. 2847 in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, 783 ss., con note di CACACE, *I danni da (mancato) consenso informato*, e di SCACCHI, *La responsabilità del medico per omessa informazione nel caso di corretta esecuzione dell'intervento "non autorizzato"*; in *Contratto e Impresa*, 2010, 2, 313 ss. con nota di RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*.

¹³ In dottrina, sul tema, impareggiabili le riflessioni di ZATTI, *Maschere del diritto e volti della vita*, Milano, 2009, 236 ss.

¹⁴ *Ex pluris* Cass., 27 novembre 2015, n. 24220 in *Danno e Resp.*, con nota di MATTINA, *Il consenso informato e l'autonomia risarcitoria del diritto all'autodeterminazione*. In argomento si vedano le lucide osservazioni di PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nelle relazioni di cura*, Milano, 2010, 174 ss.

¹⁵ V. CALDERAI, voce "Consenso informato", in *Enc. Dir., Ann.*, VIII, Milano, 2015, 225 ss.

¹⁶ Per un'attenta ricostruzione delle varie fattispecie in cui è possibile evidenziare una netta dissociazione tra lesione del diritto di autodeterminazione e lesione del diritto alla salute si rinvia al commento di RICCIO, *La violazione dell'autodeterminazione è, dunque, autonomamente risarcibile*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 2, 315.

¹⁷ In questo senso, Trib. Monza 5 dicembre 2017 in *Corriere Giur.*, 2018, 7, 955 con nota di GARREFFA, *Diritto alla vita e chance di sopravvivenza*.

Tribunale di Pescara – ord. R. G. 317/2018 – est. Di Fulvio – Regione Abruzzo c/ Comune di Abbatteggio.

Regione Abruzzo – Costituzione dell’Avvocatura Regionale con L.R. 14.2.2000 n. 9 – Abrogazione della L.R. 9.1.1973 n. 3

Introduzione di una forma di patrocinio “alternativo” incompatibile con il patrocinio istituzionale dell’Avvocatura dello Stato – Conseguenze di natura processuale, quale la inapplicabilità del c. d. Foro di Stato

A seguito dell’approvazione della L.R. 14.2.2000 n. 9 e della conseguente costituzione dell’Avvocatura Regionale non trova più applicazione, nelle controversie promosse nei confronti della Regione Abruzzo, il criterio del c. d. Foro di Stato che in precedenza obbligava la concentrazione delle cause presso il Tribunale di L’Aquila, ove ha sede l’Avvocatura Distrettuale dello Stato. (1)

(omissis)

All’esito della trattazione delle altre cause pronuncia la seguente ordinanza:
considerato che:

la Regione Abruzzo, costituita in giudizio con il patrocinio dell’Avvocatura distrettuale dello Stato di L’Aquila, ha eccepito l’incompetenza funzionale del Tribunale di Pescara, tanto ad emettere l’opposto decreto di ingiunzione, quanto a decidere della presente controversia di opposizione, per essere competente il Tribunale di L’Aquila in virtù del C.d. “foro erariale”, più precisamente in quanto la Regione Abruzzo dapprima con la L.R. 3/1979 avrebbe stabilito di avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato e, successivamente, con la L.R. 9/2000, pur venendo incontro all’esigenza interna di istituire un’Avvocatura regionale, avrebbe confermato l’affidamento dello *jus postulandi* in via generale ed organica all’Avvocatura dello Stato, come risulterebbe evidente dall’espressione “di norma” che accompagna il conferimento, con conseguente applicabilità alle controversie che la riguardano delle norme attinenti il foro erariale (art. 25 C.P.C. art. 6 r.d. 1611/1933);

ha aggiunto che in ogni caso, anche in applicazione delle regole generali per le cause in materia di obbligazioni, la competenza apparterebbe al Tribunale di L’Aquila in relazione alla sede della Regione Abruzzo e al luogo in cui sarebbe sorta l’obbligazione pecuniaria oggetto di causa; la parte opposta, Comune di Abbatteggio, ha chiesto il rigetto di tale eccezione, sostenendo che con la L.R. 9/2000 la Regione Abruzzo avrebbe scelto di non beneficiare del patrocinio ed. sistematico dell’Avvocatura bensì di quello facoltativo e che, quanto ai criteri dell’art.20, l’obbligazione dedotta in giudizio dovrebbe eseguirsi presso il domicilio del creditore ex art. 1183 comma 3 c.c., cioè in Abbatteggio;

osserva

a) ai sensi dell’art. 10 della L.3 aprile 1 979 n. 103 “*Le funzioni dell’Avvocatura dello Stato nei riguardi dell’Amministrazione statale sono estese alle regioni a statuto ordinario che decidano di avvalersene con deliberazione del consiglio regionale da pubblicarsi per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Bollettino Ufficiale della regione. Dal quindicesimo giorno successivo all’ultima delle due pubblicazioni si applicano nei confronti dell’amministrazione regionale, che ha adottato la deliberazione di cui al precedente comma, le disposizioni del testo unico e del regolamento approvati, rispettivamente con i regi decreti 30 ottobre 1933 numeri 1611 e 1662 e successive modificazioni, nonché gli artt. 25 e 144 del codice di procedura civile;*

L’articolo 1 della legge 25 marzo 1958, n. 260, si applica anche nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato ed ai tribunali amministrativi regionali.

Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano nei giudizi in cui sono parte l’Amministrazione dello Stato e l’amministrazione regionale, eccettuato il caso di litisconsorzio attivo.

In caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto di interessi tra Stato e regione, questa può avvalersi del patrocinio dell’Avvocatura dello Stato. Le regioni che abbiano adottato la deliberazione di cui al primo comma, possono tuttavia, in particolari casi e con provvedimento motivato, avvalersi di avvocati del libero Foro.

b) le funzioni dell’Avvocatura dello Stato nei riguardi dell’Amministrazione statale sono ai sensi dell’art. 9 della citata legge 103/1979 le seguenti: “*L’Avvocatura generale dello Stato provvede alla rappresentanza e difesa delle amministrazioni nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di cassazione, al Tribunale superiore delle acque pubbliche, alle altre supreme giurisdizioni, anche amministrative, ed ai collegi arbitrali con sede in Roma, nonché nei procedimenti innanzi a collegi internazionali o comunitari. Le avvocature distrettuali provvedono alla rappresentanza e difesa in giudizio*

delle amministrazioni nelle rispettive circoscrizioni. Gli avvocati ed i procuratori dello Stato possono essere incaricati della rappresentanza e difesa delle amministrazioni in cause che si svolgono fuori della circoscrizione del loro Ufficio, su proposta dell'avvocato distrettuale e previo parere del comitato consultivo. Salva la facoltà dell'Avvocatura generale dello Stato di rendere consultazione sulle questioni di massima in qualsiasi materia, l'avvocatura distrettuale dello Stato provvede alla consulenza nei riguardi di tutti gli uffici della propria circoscrizione".

c) ai sensi dell'art. 107 comma 3 DPR 616/1977 "Le regioni possono avvalersi del patrocinio legale e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato. Tale disposizione non si applica nei giudizi in cui sono parti l'amministrazione dello Stato e le regioni, eccettuato il caso di litisconsorzio attivo. Nel caso di litisconsorzio passivo, qualora non vi sia conflitto d'interessi tra Stato e regione, quest'ultima può avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato".

d) con la legge regionale Abruzzo n. 3 del 9.1.1979 era stato stabilito quanto segue:

Art. 1

In attuazione dell'art. 30 dello statuto regionale e dello art. 107 del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, la regione Abruzzo si avvale del patrocinio e della consulenza dell'Avvocatura dello Stato.

La Regione può avvalersi, altresì, della consulenza dell'Avvocatura dello Stato, anche per la propria attività amministrativa.

La giunta regionale, previo conforme parere della competente commissione consigliare, può deliberare, in casi eccezionali e negli affari in cui vi è conflitto di interesse con lo Stato o enti pubblici statali, nonché con le altre Regioni o enti pubblici regionali, l'affidamento del patrocinio a liberi professionisti.

Per le questioni attinenti alle attribuzioni del consiglio regionale, la giunta richiede la consulenza dell'Avvocatura dello Stato su proposta dell'ufficio di presidenza.

Art. 2

La disciplina dei rapporti con l'Avvocatura dello Stato, è regolata da apposito regolamento, approvato dal consiglio regionale.

In tale regolamento sono fissate le modalità per il conferimento dell'incarico del patrocinio e della consulenza all'Avvocatura dello Stato, per l'accreditamento dei fondi a favore della stessa - presso la tesoreria regionale - necessari per le spese giudiziali e per la relativa rendicontazione.

e) Con la successiva legge regionale 9/2000, che ha espressamente abrogato la legge 3/1979 (art. 4 comma 2 della stessa L.R. 9/2000), è stato previsto quanto segue:

Art. 1 Avvocatura regionale

1. È istituita l'Avvocatura regionale con sede centrale a L'Aquila e sezione distaccata a Pescara quale struttura speciale di supporto della Giunta regionale di cui all'art. 14, n. 2, della L.R. 14.9.1999, n° 77 avente ad oggetto "Norme in materia di Organizzazione e Rapporti di Lavoro della Regione Abruzzo", sotto la lett. e) del citato art. 14, n. 2.

2. La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio della Regione, salvo nelle ipotesi di controversia con lo Stato e salva la previsione di cui al successivo comma 3°, sono di norma affidati all'Avvocatura dello Stato.

3. L'Avvocatura regionale è competente, in via generale, per i giudizi in caso di sussistenza, anche virtuale, di conflitto di interessi con lo Stato. Essa rappresenta e patrocinia la Regione dinanzi agli Organi di giurisdizione di ogni ordine e grado nelle fattispecie definite, in via generale, con apposito atto di organizzazione della Giunta regionale.

4. Al fine di assicurare la tutela legale e giurisdizionale della Regione Abruzzo e degli Enti, Organismi, Istituti e strutture ad essa sottoposte o collegate, l'Avvocatura regionale provvede, in particolare: a) ad affidare all'Avvocatura dello Stato gli incarichi di patrocinio e rappresentanza dell'Amministrazione; b) alla difesa in giudizio dell'Amministrazione regionale nei casi di cui al precedente comma 3; c) alla formulazione di pareri legali richiesti dalla Giunta regionale, dal suo Presidente, dai componenti la Giunta e dalle articolazioni organizzative regionali; d) allo svolgimento di attività consultiva e di assistenza al Direttore regionale competente in ordine all'opportunità o necessità di promuovere, resistere o abbandonare giudizi, conciliare transigere o concludere accordi, attuare ed eseguire provvedimenti giurisdizionali; e) alla gestione della Biblioteca della Giunta regionale; f) alla predisposizione e diffusione tra gli Organi e le strutture della Regione Abruzzo del massimario delle decisioni giurisdizionali; g) all'esazione dei compensi ad essa spettanti; h) ad espletare direttamente la fase istruttoria di ogni contenzioso, prima dell'invio all'avvocatura distrettuale.

5. *In particolari casi e previo parere dell'Avvocatura regionale, gli Organi di direzione politica possono affidare incarichi difensivi a legali di libero foro, con comprovata esperienza nella materia oggetto della controversia.*

6. *Nei casi di cui al precedente comma 3, la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio vengono svolti dai dipendenti dell'Amministrazione regionale, assegnati all'Avvocatura regionale, in possesso dell'abilitazione all'esercizio della professione forense ed assunti in tale qualifica a seguito di pubblico concorso i quali, al fine indicato, sono iscritti all'Albo Speciale dei legali incaricati della difesa degli Enti. Essi assumono la denominazione di Avvocati della Regione, sono legati con vincolo di esclusività a prestare la propria attività a favore dell'Ente Regione Abruzzo ed esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede, anche arbitrale e stragiudiziale. Gli affari giudiziari sono fra essi ripartiti ed affidati dall'avvocato regionale, dirigente l'Avvocatura regionale. Hanno diritto ai compensi di natura professionale recuperati a seguito di soccombenza della parte avversa previsti dal secondo comma dell'art. 59 della L.R. 97/1987.*

7. *La Giunta regionale, con atto di organizzazione, regola le modalità di ripartizione tra gli aventi diritto dei compensi di cui al precedente comma.*

8. *L'incarico di direzione dell'Avvocatura regionale è conferito dalla Giunta regionale con modalità selettiva da determinarsi con specifico regolamento di Giunta. Il dirigente dell'Avvocatura regionale, che assume la denominazione di "avvocato regionale" deve essere iscritto all'Albo degli avvocati ed aver effettivamente espletato attività professionale per almeno un decennio. Egli riferisce periodicamente alla Giunta regionale sullo stato del contenzioso. È coadiuvato da altro dirigente professionista legale che assume la funzione vicaria di vice avvocato regionale. All'avvocato regionale è attribuito il trattamento economico corrispondente a quello previsto per i Direttori regionali preposti alle Direzioni di cui alla tabella allegato "A" alla L.R. 77/1999.*

9. *Gli Enti dipendenti dalla Regione Abruzzo, quelli alla stessa comunque collegati, le Aziende ed Istituti partecipati, gli Enti locali, possono stabilire, secondo le procedure previste dai particolari ordinamenti che le reggono, di avvalersi per la tutela dei propri interessi dell'assistenza dell'Avvocatura di Stato o dell'Avvocatura regionale secondo il riparto di attribuzioni fissato nei commi precedenti. Gli oneri relativi a tale avvalimento sono regolati con apposita convenzione.*

f) ritiene questo giudice che la Regione Abruzzo con la citata legge n. 9/2000 e l'abrogazione della precedente legge 3/1979 non abbia adottato una forma di patrocinio "sistematico" dell'Avvocatura dello Stato ex art. 10 della L.3 aprile 1979 n. 103, anziché una forma di patrocinio facoltativo della medesima Avvocatura ex art. 107, comma 3 d.P.R. 616/1977 (norma già espressamente richiamata dalla L.R. 3/1979), atteso che con la più recente normativa regionale la Regione ha acquisito la facoltà di ricorrere alternativamente e senza che le ragioni della scelta possano aver rilievo, oltre che all'Avvocatura dello Stato, a difensori dell'Avvocatura Regionale o a liberi professionisti, come si desume sia dall'utilizzo dell'espressione "di norma (dopo e non prima della locuzione "salvo nelle ipotesi di controversia con lo Stato e salva la previsione di cui al successivo comma 3") nell'art. 1 comma 2 della stessa L.R. 9/2000 - espressione che implica evidentemente la libertà di una scelta (discrezionale) diversa e che sarebbe stato superfluo inserire ove si fosse voluto introdurre un patrocinio sistematico -, sia dalle eccezioni previste nello stesso art. 1 commi 3 (sussistenza, anche virtuale, di conflitto di interessi con lo Stato, che valuta proprio l'Avvocatura Regionale ai sensi del comma 4 dello stesso art. 1; altre fattispecie, non meglio specificate, da definire, in via generale, con apposito atto di organizzazione della Giunta regionale) e 5 (affidamento a liberi professionisti "in particolari casi", non meglio precisati, e "previo parere dell'Avvocatura regionale"); il difetto di patrocinio sistematico in capo all'Avvocatura dello Stato è, poi, confermato anche dai compiti di stabile consulenza e assistenza assegnati all'Avvocatura Regionale dalle norme di cui all'art. 1 comma 4 della legge regionale in esame;

g) devono, dunque, ritenersi insussistenti i presupposti e le ragioni dell'estensione nei confronti dell'amministrazione regionale ex art. 10 14,103/1979 delle "disposizioni del testo unico e del regolamento approvati, rispettivamente con regi decreti 30 ottobre 1933 numeri 1611 e 1662 e successive modificazioni, nonché gli artt. 25 e 144 del codice di procedura civile" comportanti la domiciliazione ex lege della Regione presso l'Avvocatura dello Stato ex artt. 11 RD 1611/1933 e art. 144 comma 1 c.p.c. e la competenza del foro erariale ex artt. 6 RD 1611/1933 e 25 c.p.c., tanto più se si considera che la ratio di detta estensione risiede in una situazione che deve apparire chiara ed evidente, mediante uso dell'ordinaria diligenza professionale, ai difensori di qualsiasi controparte processuale della Regione Abruzzo, mentre le norme regionali sopra esaminate certamente non manifestano in modo sufficientemente chiaro l'intenzione della Regione Abruzzo

di avvalersi in modo sistematico ed esclusivo del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, come d'altronde confermato dallo stesso contrasto fra le pronunce giurisprudenziali in materia richiamate da entrambe le parti in causa nei rispettivi scritti difensivi;

h) l'eccezione di incompetenza territoriale proposta ai sensi degli artt.19 e 20 c.p.c. è, poi, inammissibile in quanto non formulata in relazione a tutti i possibili criteri alternativi, avendo l'opponente ommesso di contestare la competenza del giudice adito in relazione al criterio del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio ex art. 20 c.p.c.; (v. tra le altre Cass. Civile 17020/2011, 24903/2005 12465/2002, 1177/2002, 313/2001).

(omissis)

NOTA (1): ESISTE ANCORA IL PATROCINIO ISTITUZIONALE DELL'AVVOCATURA DELLO STATO NEI CONFRONTI DELLA REGIONE ABRUZZO?

La precedente normativa

Il R.D. 30.10.1933 n. 1611 ha previsto (art. 1) che "la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano All'Avvocatura dello Stato".

L'art. 43 del R.D. 1611/1933 ha previsto però che la rappresentanza e difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato può avvenire anche nei confronti delle Amministrazioni pubbliche non statali e di Enti sovvenzionati "sempre che sia autorizzata da disposizioni di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con D.P.R."

L'art. 30 dello Statuto della Regione Abruzzo ha previsto l'attribuzione del patrocinio facoltativo all'Avvocatura dello Stato, sia pure attraverso una corsia preferenziale desumibile dall'espressione "di norma".

Il patrocinio facoltativo dell'Avvocatura dello Stato ha trovato attuazione con la L. R. 9.1.1979 n. 3 secondo le modalità previste dall'art. 107 del D.P.R. 24.7.1977 n. 616 (che consentiva soltanto il patrocinio facoltativo).

Successivamente è intervenuto l'art. 10 della L. 3.4.1979 n. 103 il quale consentiva il passaggio delle Regioni a statuto ordinario al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato con le seguenti modalità:

- occorre una manifestazione di volontà di adesione al patrocinio istituzionale espressa con deliberazione del Consiglio Regionale;
- tale deliberazione doveva essere pubblicata per estratto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Bollettino Ufficiale della Regione.

Tale adesione è stata espressa in modo atipico da parte della Regione Abruzzo con deliberazione del Consiglio Regionale n. 162/10 del 6.7.1979, la quale ha preso atto che si era già disposto con la legge regionale e "che pertanto un atto amministrativo che ridecisa in tal senso si ravvisa assolutamente superfluo", si è disposta la ripubblicazione della L. R. 3/1979.

A seguito della pubblicazione della suddetta deliberazione del Consiglio Regionale, nel senso di "provvedere a nuova pubblicazione nella G.U. e nel B.U.R.A. della L. n. 3 del 1979", è iniziato a decorrere dal 5.2.1980 il patrocinio istituzionale della Regione Abruzzo (G.U. n. 12 del 14.1.1980 e B.U.R.A. n. 1 del 21.1.1980).

Le conseguenze a carattere processuale erano espressamente indicate nel citato art. 10 con riferimento all'applicabilità dei R.D. 30.10.1933 n. 1611 e 1612 sull'Avvocatura dello Stato e degli artt. 25 e 144 c.p.c.

La normativa sopravvenuta e le sue conseguenze sul piano processuale.

Prima dell'approvazione della L. R. 14.2.2000 n. 9, con la quale è stata istituita l'Avvocatura Regionale della Regione Abruzzo, la sussistenza del patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato non è stata messa in discussione, pur con le perplessità relative alle anomale formalità di ammissione.

Con la citata L. R. 9/2000, oltre ad istituirsi l'Avvocatura Regionale, sono state introdotte le seguenti disposizioni:

- è stata abrogata la L. R. 9.1.1979 n. 3 sopracitata;

- si è previsto l'affidamento del patrocinio "di norma" all'Avvocatura dello Stato (espressione "di norma" che era già contenuta nella L. R. 3/1979);

- si è attribuito il patrocinio all'Avvocatura Regionale nel caso di conflitto di interessi con Amministrazioni statali (in relazione all'esclusione del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato per tale ipotesi, già prevista dalla L. R. 3/1979);

- si è prevista la possibilità, in via eccezionale, di affidare incarichi di difesa a legali del libero foro (facoltà già prevista nella L. R. 3/1979).

- si è prevista infine la possibilità di attribuire il patrocinio all'Avvocatura Regionale "in via generale" (e quindi in materie predeterminante) "con apposito atto organizzativo della Giunta Regionale".

In base a quest'ultima disposizione, certamente incompatibile con il patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato, è stato emanato, sia pure a distanza di tempo, il previsto atto organizzativo e la Regione Abruzzo ha instaurato un "ménage à trois" processuale non consentito dalla normativa statale.

L'Avvocatura dello Stato ha continuato ad assumere il patrocinio della Regione Abruzzo sulla base di incarichi ad essa conferiti, invocando l'applicazione del Foro di Stato.

Una rilevante quantità di controversie (anche al di fuori dell'ipotesi di conflitto di interessi con l'Amministrazione statale) è stata assunta da avvocati della Regione, abilitati al patrocinio dall'art. 1, comma 6, della L. R. 9/2000 in esame, ovviamente senza l'applicazione del c.d. Foro di Stato.

La Regione Abruzzo ha continuato ad affidare, per controversie di particolare importanza, incarichi ad avvocati del libero foro, come già avvenuto nel passato.

L'applicazione data alla L.R. 9/2000 da parte della Regione Abruzzo comporta pertanto la seguente alternativa:

- o la Regione Abruzzo è uscita dal patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato e quindi deve ritenersi cessata (anche per quest'ultima) l'operatività processuale del Foro di Stato;

- o l'avvocato della Regione difetta del "ius postulandi" allorché assume il patrocinio per controversie in cui non trova applicazione (anche sotto il profilo virtuale) un conflitto di interesse con Amministrazioni statali.

L'art. 10 della L. 3.4.1979 n. 103 non consente un patrocinio istituzionale delle Regioni a statuto ordinario in forma parziale, giacché deve trovare applicazione la normativa dell'Avvocatura dello Stato relativa al patrocinio delle Amministrazioni statali.

La giurisprudenza sopravvenuta.

L'ordinanza del 4.6.2019, di cui alla presente nota, non costituisce una novità in quanto molteplici sentenze si sono pronunciate a favore della soppressione del patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato, sia sotto il profilo dell'inapplicabilità del Foro di Stato che sotto quello della cessazione dell'obbligo relativo alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio all'Avvocatura dello Stato.

La motivazione è stata sviluppata con due argomentazioni, l'una sotto il profilo formale e l'altra sotto il profilo sostanziale.

Sotto il profilo formale l'abrogazione della L. R. 9.1.1979 n. 3 ha svuotato il contenuto della citata deliberazione del Consiglio Regionale di ammissione al patrocinio.

Tale deliberazione ha richiamato, senza assumere una diversa manifestazione di volontà, una normativa regionale che non esiste più.

Sotto il profilo sostanziale si è posto in rilievo l'assoluta incompatibilità del patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato con la legge istitutiva dell'Avvocatura Regionale.

Si può richiamare al riguardo la sentenza del Tribunale di Pescara 12.11.2004 n. 1609 (Regione Abruzzo c/ Comune di Rosciano) con il seguente dispositivo: "l'entrata in vigore della L. R. 14.2.2000 n. 9, con la quale è stata istituita l'Avvocatura Regionale, ha comportato l'abrogazione implicita delle formalità con le quali la Regione Abruzzo ha introdotto il patrocinio istituzionale dell'Avvocatura dello Stato in applicazione dell'art. 10 della L. 3.4.1979 n. 103". In questo senso si è pronunciato di recente anche il Consiglio di Stato sez. V con sentenza 26.10.2018 n. 6112.

La sentenza contraria della Corte di Cassazione (Cass. Civ. sez. III 28.6.2005 n. 13893).

Di avviso contrario è stata però la Corte di Cassazione, pronunciandosi a seguito di regolamento di competenza sull'inapplicabilità del Foro di Stato.

Secondo la suprema Corte "L'art. 10 della legge n. 103 del 1979 prevede un particolare procedimento attraverso il quale le regioni possono ottenere l'applicazione dell'intero regime processuale speciale di assistenza legale e di patrocinio valevole ex lege per le amministrazioni dello Stato. Tale regime (cosiddetto "sistematico"), che risulta adottato dalla Regione Abruzzo con la previsione di cui all'art. 30 dello statuto, secondo il quale la rappresentanza e il patrocinio della Regione sono di norma richiesti all'Avvocatura dello Stato, non è stato modificato dalla legge istituita dell'Avvocatura regionale (legge reg. Abruzzo n. 9 del 2000), sia perché la potestà legislativa della regione non poteva incidere sulle competenze dell'Avvocatura dello Stato quali previste dalla normativa statale, sia perché la locuzione "di norma" esclude che occorra conferire all'Avvocatura formale incarico, sia infine perché la revoca della pregressa deliberazione avrebbe richiesto una espressa successiva deliberazione e non sarebbe potuta derivare in modo implicito in difetto di aspetti di incompatibilità".

Si ritiene che la sentenza della Corte di Cassazione sia corretta sotto il profilo che la previsione dell'attribuzione "di norma" della difesa all'Avvocatura dello Stato sia compatibile con il mantenimento del patrocinio istituzionale.

L'abrogazione della L.R. 3/1979 comporta però lo svuotamento della delibera del Consiglio Regionale che non ha contenuto autonomo e non si riesce perciò a comprendere perché la Regione Abruzzo avrebbe dovuto approvare una deliberazione consiliare in senso contrario per uscire dal patrocinio istituzionale.

Si ritiene altresì possibile una revoca implicita con l'approvazione di una legge regionale incompatibile, la quale ha una valenza superiore rispetto ad un provvedimento di tipo organizzativo.

In sostanza la Regione Abruzzo non ha inteso modificare norme processuali, rientranti nella competenza esclusiva dello Stato per l'approvazione, ma ha assunto la determinazione di ritornare, con l'abrogazione implicita dell'assenso dato in precedenza, nel patrocinio facoltativo di cui all'art. 107 del D.P.R. 616/1977 tuttora in vigore.

Si ritiene pertanto che la Corte di Cassazione non ha adeguatamente esaminato la fattispecie sottoposta al suo esame:

- la Regione Abruzzo non ha inteso modificare le competenze dell'Avvocatura dello Stato ma ha assunto soltanto la determinazione di uscire dal patrocinio istituzionale;
- la modifica delle norme processuali è conseguenza del passaggio al patrocinio istituzionale;
- l'approvazione di una legge regionale incompatibile con l'art. 10 della L. 103/1979 comporta l'abrogazione implicita dell'assenso fornito in precedenza con deliberazione del Consiglio Regionale.

Conclusioni

Naturalmente il comportamento ambiguo della Regione Abruzzo si trasferisce sulle problematiche di difesa. È opportuno, per ragioni prudenziali (determinate dalla sentenza sfavorevole della Corte di Cassazione), effettuare negli atti introduttivi del giudizio la doppia modifica (all'Avvocatura dello Stato e direttamente alla Regione) tenendo però presente che quella buona è probabilmente la seconda.

Dovremo eccepire l'inapplicabilità del Foro di Stato nelle cause in cui l'Avvocatura dello Stato ha assunto la difesa della Regione ed ha dato applicazione al beneficio processuale.

Dovremo eccepire, per provocare giurisprudenza contraria, il difetto del ius postulandi nei confronti dell'avvocato della Regione che ha assunto il patrocinio al di fuori dell'ipotesi del conflitto di interesse con Amministrazioni statali e ciò facendo leva sulla sentenza della Corte di Cassazione (anche se da noi non condivisa).

In tal maniera potrà formarsi una giurisprudenza non oscillante per le future iniziative legali.

La soluzione migliore sarebbe una norma interpretativa della Regione Abruzzo (nel senso cioè di una conferma della sua volontà di uscire dal patrocinio istituzionale) ma ciò certamente non avverrà perché l'agganciamento istituzionale con l'Avvocatura dello Stato (con la conseguente assimilazione alle Amministrazioni statali) comporta un notevole risparmio di spesa.

Fabrizio Foglietti

Tribunale di Chieti, sent. 27 giugno 2019, n. 466 – est. Falco – A.E. / Società C. / R.T.

Azione di simulazione – Azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. – Anteriorità del credito – Prova della “scientia damni”

Il requisito della anteriorità del credito, ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, sussiste anche se il debito non sia certo e determinato né sia scaduto ed esigibile, purché sia insorta la posizione debitoria in capo al debitore; è pertanto azionabile l'azione revocatoria qualora vi sia una evasione di imposta, anche se non vi sia stato ancora, al momento della stipula dell'atto impugnato, l'accertamento da parte dell'Ufficio finanziario, che ha solo la funzione di constatare in concreto l'esistenza della obbligazione tributaria (che, quindi, preesiste) e di determinarne la misura. (1)

In caso di azione revocatoria per atti posti in essere successivamente al sorgere del credito, assumono rilevanza, ai fini della prova della “scientia damni”, i legami professionali o famigliari che possano intercorrere tra le persone che hanno stipulato i contratti oggetto di azione revocatoria, specialmente ove il vincolo parentale o affettivo escluda, ragionevolmente, che il terzo possa ignorare la situazione debitoria. (2)

(omissis)

1. La domanda principale di simulazione proposta dalla attrice è infondata, mentre è fondata la domanda subordinata della stessa di revocatoria. Si perviene a tali conclusioni in ragione delle considerazioni di seguito esposte:

A. Sul difetto di prova della simulazione degli atti negoziali controversi

a.1) Giova premettere che, ad integrare gli estremi della simulazione, non è sufficiente la prova che, attraverso l'alienazione di un bene, il debitore abbia inteso sottrarlo alla garanzia generica dei creditori, ma è necessario provare specificamente che questa alienazione sia stata soltanto apparente, nel senso che né l'alienante abbia inteso dismettere la titolarità del diritto, né l'altra parte abbia inteso acquisirla (Cass.13345/2015; Cass 25490/2008).

a.2 Nella specie, l'attrice non ha fornito alcuna prova (della quale la stessa era onerata) né del fatto che il corrispettivo delle compravendite non sia stato pagato dagli acquirenti alla venditrice, né della ulteriore circostanza che i primi non siano entrati nel possesso dei beni immobili oggetto di negoziazione, per essere questi rimasti nella disponibilità della parte alienante.

B. Sulla fondatezza della domanda di revocatoria degli atti negoziali controversi

b.1 La domanda in oggetto merita, invece, integrale accoglimento.

b.2 Sussiste, innanzitutto, il primo presupposto necessario per l'accoglimento di una domanda di azione revocatoria ordinaria di cui agli artt. 2901 e seg. c.c., rappresentato dalla esistenza di una ragione o aspettativa di credito in capo all'attrice verso il disponente, aspettativa di credito che – come è noto – può essere anche solo eventuale o litigiosa, purché non assolutamente pretestuosa (Cass. S.U. ord. n. 9440/2004; Cass. sent. n. 12678/2001; Cass. sent. n. 12144/1999).

Nella specie, infatti, la attrice ha analiticamente dedotto di essere creditrice verso la società *(omissis)*

, in forza di ruoli/avvisi di addebito/avvisi di accertamento e relativi oneri e accessori maturati, della somma complessiva di euro € *(omissis)* così ripartita:

(omissis)

L'attrice ha quindi dato prova della sussistenza di tale debito in capo alla società convenuta, attraverso la produzione degli estratti di ruolo, delle date di notifica delle relative cartelle di pagamento, nonché di un prospetto riepilogativo dei dati identificativi e degli importi delle predette cartelle.

La scelta processuale di contumacia dei convenuti - oltre a manifestare, significativamente, un totale disinteresse degli stessi per la presente vicenda giudiziaria – non ha consentito al Giudice di acquisire elementi di conoscenza contrari a quelli analiticamente dedotti e documentati dall'attrice per suffragare la propria rivendicazione pecuniaria.

Tanto basta per ritenere esistente (quanto meno) una aspettativa di credito, consistente e tutt'altro che pretestuosa, in capo all'attrice e nei confronti della società convenuta.

b.3 Un tale, rilevante, debito erariale accumulato dalla Società deve considerarsi sorto in data anteriore a quella del ..., di stipula, da parte della citata società, degli atti di vendita a terzi del proprio patrimonio immobiliare.

Al riguardo, è noto che, ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, perché sussista il requisito dell'anteriorità del credito rispetto all'atto impugnato, è sufficiente l'insorgere della posizione debitoria in

capo al debitore, indipendentemente dalla circostanza che il debito sia certo e determinato nel suo ammontare o che sia scaduto ed esigibile (cfr. *ex multis* Cass. Sez. 2, sentenza n. 2748 del 11/02/2005). Nella specie, come già sottolineato, l'imposta evasa ha riguardato l'intero anno di imposta 2012 (cfr. la documentazione prodotta dalla attrice), sicché il debito erariale conseguente maturò in detto arco temporale, con la consumazione delle condotte evasive.

Costituisce, infatti, *ius receptum*, che "il debito d'imposta sorge al momento del verificarsi del presupposto, ossia della situazione di fatto cui la legge ricollega il debito stesso, coincidente con il momento di consumazione dell'illecito tributario, e non già al momento in cui avviene l'accertamento da parte dell'ufficio finanziario, il quale accertamento ha la funzione di constatare in concreto la esistenza della obbligazione tributaria (che, quindi, preesiste) e di determinarne la misura (cfr. *ex multis* Cass. Sez. 1, sentenza n. 2916 del 30/10/1963; Cass. Sez. 1, sentenza n. 2423 del 12/03/1994; Cass. Sez. 1, sentenza n. 7272 del 10/07/1999; Cass. Sez. 5, sentenza n. 19193 del 6/9/2006; Cass. Sez. 5, sentenza n. 25604 del 17/12/2010; Cass. Sez. 5, sentenza n. 28543 del 20/12/2013).

Ne consegue, ad esempio, che - avendo, in materia di violazione degli obblighi tributari, il procedimento ed il conseguente atto irrogativo della sanzione pecuniaria la funzione di accertare, nei suoi termini anche quantitativi, una obbligazione pecuniaria collegata ad un fatto costitutivo precedente (consumazione dell'illecito tributario) - in ipotesi di fallimento dell'autore di quella violazione, il relativo credito dell'amministrazione finanziaria è ammissibile al passivo (con riserva) senza che sia rilevante che, alla correlativa data, non sia stato ancora emesso il provvedimento irrogativo della sanzione, sempre che all'atto della dichiarazione di fallimento si sia già consumato l'illecito tributario, essendo questo il momento in cui si realizza la fattispecie costitutiva del diritto di credito da far valere in concorso con gli altri creditori (Cass. Sez. 1, sentenza n. 3273 del 29/5/1984; Cass. Sez. 1, sentenza n. 2423 del 12/3/1994).

(*omissis*)

b.3 Sussiste, altresì, l'ulteriore condizione richiesta dall'art. 2901 c.c., rappresentata dalla esistenza di un atto di disposizione del proprio patrimonio da parte del debitore, tale da poter pregiudicare o rendere più difficoltosa, più incerta ovvero più dispendiosa la realizzazione coattiva del credito.

Infatti, la debitrice ..., con gli atti negoziali in questione, si privò, contestualmente, di una pluralità di beni immobili, costituenti il proprio intero patrimonio immobiliare ed aventi un valore economico ingente.

Inoltre, la sostituzione di un immobile con il denaro derivante dalla compravendita comporta, di per sé, una rilevante modifica qualitativa della garanzia patrimoniale, in considerazione della maggiore facilità di cessione del denaro", cfr. *ex multis* Cass. Sez. 3, sentenza n. 1896 del 9/2/2012).

Ancora, nel processo non è stata fornita - anche in ragione della contumacia dei convenuti - alcuna allegazione né, tanto meno, alcuna prova, da parte dei convenuti, del fatto che la società disponente avesse (o abbia) altre fonti di reddito con cui poter soddisfare "ampiamente" le ragioni creditorie - di importo così consistente - dell'attrice (cfr. da ultimo Cass. Sez. 3, sentenza n. 5972 del 18/03/2005; Cass. Sez. 1, sentenza n. 11471 del 24/07/2003).

Anzi, la visura camerale della citata società, estratta in data 22.11.17, prodotta dall'attrice, rivela che la stessa, già alla predetta data, era "inattiva", non aveva dipendenti ed aveva subito la cessazione d'ufficio della attività del proprio oggetto sociale (cfr. la visura).

b.4 In tema di azione revocatoria ordinaria, allorché l'atto di disposizione sia (come nella specie) successivo al sorgere del credito, l'ulteriore condizione per l'esercizio della stessa è - com'è noto - che il debitore ed il terzo fossero a conoscenza del pregiudizio delle ragioni del creditore (Cass. Sez. 2, sentenza n. 17327 del 17/8/2011).

È parimenti noto che la *scientia damni* si sostanzia nella consapevolezza del pregiudizio (dimostrabile anche in base a presunzioni) che l'atto arreca alle ragioni del creditore, mediante sottrazione di garanzia patrimoniale, ossia consiste nella conoscenza generica del pregiudizio che l'atto di disposizione posto in essere dal debitore, diminuendo la garanzia patrimoniale, può arrecare alle ragioni dei creditori (Cass. Sez. 3, sentenza n. 3676 del 15/2/2011).

È dunque sufficiente che la consapevolezza investa la riduzione della consistenza del patrimonio (da intendersi anche come maggiore difficoltà di esazione dello stesso) di detto debitore in danno dei creditori complessivamente considerati (Cass. Sez. 1, sentenza n. 15257 del 6/8/2004; Cass. n. 1007/1990; Cass. n. 987/1989; Cass. n. 8930/1987; Cass. n. 5824/1985; Cass. n. 398/1982).

Non vi è, per contro, la contestuale necessità né di un *animus nocendi* da parte del terzo, né una volontà concertata con il debitore, né la specifica conoscenza nel terzo di quel determinato credito, per la cui tutela la revocatoria viene proposta, né lo stato di insolvenza del debitore, né la conoscenza di tale stato da parte del terzo (Cass. Sez. 1, sentenza n. 10430 del 2005; Cass. n. 11518/95; Cass. n. 1007/90), essendo sufficiente

che la consapevolezza investa la riduzione della consistenza del patrimonio (da intendersi anche come maggiore difficoltà di esazione dello stesso) di detto debitore in danno dei creditori complessivamente considerati (Cass. Sez. 1, sentenza n. 15257 del 6/8/2004; Cass. n. 1007/1990; Cass. n. 987/1989; Cass. n. 8930/1987; Cass. n. 5824/1985; Cass. n. 398/1982).

Sussiste, nella specie, la prova della esistenza (quanto meno) della "generica conoscenza" (cfr. Cass. Sez. 1, sentenza n. 10430 del 18/5/2005) in capo sia alla società alienante sia alla acquirente (*omissis*) (in nome dei figli minori della stessa), del fatto che la società, con gli atti negoziali in questione, assottigliava la garanzia costituita dai suoi beni (*scientia damni*), posto che con esse la venditrice si spogliava della interezza dei propri cespiti immobiliari, e lo faceva proprio dopo aver evaso il fisco per centinaia di migliaia di euro.

Nella specie, tale consapevolezza può ritenersi (per entrambe le parti negoziali – alienante ed acquirente) *in re ipsa*, posto che nei casi (ricorrenti nel caso in esame) di vendita o donazione contestuale, in favore di un terzo, di una pluralità di beni del debitore, ovvero di vendita o donazione degli unici beni immobili di proprietà del debitore, l'esistenza e la consapevolezza del debitore e del terzo acquirente/donatario del pregiudizio patrimoniale che tali atti recano alle ragioni del creditore, ai fini dell'esercizio da parte di questi dell'azione pauliana, possono ritenersi "*in re ipsa*" (cfr. per tutte Cass. Sez. 3, sentenza n. 18034 del 25/7/2013; Cass. Sez. 2, sentenza n. 7507 del 27/3/2007).

Inoltre (e *ad abundantiam*), assume rilievo, sempre ai fini della prova della *scientia damni*, lo stretto legame professionale e familiare intercorrente tra le persone fisiche che stipularono i contratti di cui è causa, ossia, da un lato, tra (*omissis*), legale rappresentante della società (*omissis*) SRL Unipersonale, e (*omissis*) (moglie convivente del primo e socia unica della citata società) e, dall'altro, tra costoro e i minori (cinque figli), figli di (*omissis*), in nome e per conto di quali quest'ultima partecipò ai negozi.

Al riguardo, è noto che persino la prova della "*participatio fraudis*" del terzo, necessaria ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria, nel caso in cui l'atto dispositivo oneroso sia (a differenza che nella specie: ndr) anteriore al sorgere del credito, può essere ricavata dalla considerazione della sussistenza di un vincolo parentale ovvero affettivo tra il debitore ed il terzo, quando tale vincolo renda estremamente inverosimile che il terzo non fosse a conoscenza della situazione debitoria gravante sul disponente; cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5359 del 5/3/2009; in applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la decisione di merito, la quale aveva ritenuto non provata la "*participatio fraudis*" del terzo, in un caso in cui il responsabile di un grave sinistro stradale, dopo la pronuncia della sentenza di condanna in primo grado al risarcimento dei danni e nelle more del giudizio di appello, si era spogliato di tutti i propri beni immobiliari in favore della figlia e delle nuore; Cass. Sez. 3, sentenza n. 13447 del 29/5/2013; per il già richiamato principio per cui la *scientia damni* è dimostrabile anche in base a presunzioni ricavabili, ad esempio, anche dal grado di parentela fra il debitore e gli acquirenti, cfr. Cass. Sez. 2, sentenza n. 13404 del 23/5/2008, cit.).

C. Conclusioni e disciplina delle spese processuali c.1 La domanda attorea di revocatoria merita, dunque, integrale accoglimento, per comprovata sussistenza dei relativi elementi costitutivi.

c.2 Le spese processuali sostenute dalla attrice seguono la soccombenza (*omissis*) (*omissis*)

NOTA (1): AZIONE REVOCATORIA E SIMULAZIONE IN UN GIUDIZIO PROMOSSO AVVERSO LA DISMISSIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE DI UNA S.R.L.

Il fatto materiale

Una società a responsabilità limitata unipersonale, già debitrice dell'erario per somme di danaro particolarmente ingenti, si è privata con più operazioni contestuali di una pluralità di beni immobili, costituenti l'intero suo patrimonio immobiliare, mediante atti di cessione, per un valore complessivo di quasi un milione di euro, stipulati dall'amministratore in favore dei figli minori del coniuge, che era anche socio unico della società.

L'Erario ha agito proponendo domanda di simulazione assoluta e, in via subordinata, domanda di revocatoria, ex art. 2901 c.c.

Le parti convenute sono rimaste contumaci

Il Tribunale, con ampia e puntuale motivazione e con esaustivi richiami giurisprudenziali, ha rigettato la domanda principale, di declaratoria della simulazione degli atti di compravendita immobiliare, ed ha invece

dichiarato l'inefficacia delle compravendite immobiliari intervenute, ai sensi e per gli effetti degli articoli 2901 e seguenti c.c.

La decisione del Giudice, in sintesi

Il Tribunale ha subito escluso la possibilità di accogliere la domanda di simulazione, specificando che sarebbe occorsa la prova che l'alienazione era stata soltanto apparente e che, invece, l'attore non aveva fornito prova né del fatto che il corrispettivo della compravendita non fosse stato versato né della ulteriore circostanza che gli acquirenti non erano entrati nel possesso dei beni immobili oggetto di negoziazione, per essere questi rimasti nella disponibilità della parte alienante.

È stata, invece, accolta la domanda di revocatoria, ricorrendone i presupposti di legge.

In particolare, il Tribunale ben evidenzia che sussiste una ragione di credito, ampiamente dimostrata, in capo all'attrice verso il disponente.

Il Giudice evidenzia pure che il credito è sorto anteriormente rispetto all'atto impugnato, rilevando, al riguardo, che il debito di imposta sorge al momento del verificarsi del presupposto, e non al momento in cui avviene l'accertamento, che ha solo la funzione di constatare in concreto l'esistenza della obbligazione tributaria e di determinarne la misura.

E sotto tale aspetto la sentenza si premura anche di giustificare il principio in questione, evidenziando pure (e richiamando al riguardo alcune decisioni della Suprema Corte) che, in ipotesi di fallimento dell'autore della violazione, il relativo credito è ammissibile al passivo, alla sola condizione che all'atto della dichiarazione di fallimento si sia già consumato l'illecito tributario, e senza la necessità che sia stato emesso il provvedimento irrogativo della sanzione.

Il Tribunale dà pure atto che esiste il pregiudizio del creditore in quanto la debitrice, con gli atti negoziali, ha sostituito gli immobili con danari, venendo così a porre in essere una modifica qualitativa della garanzia patrimoniale, in considerazione di una maggiore facilità di cessione del denaro.

E tale conclusione è suffragata anche dalla mancanza di prove in merito alla possibilità di soddisfare altrimenti le ragioni creditorie e dal fatto che la società stessa risultava, da una visura camerale, inattiva e priva di dipendenti.

E la stessa "scientia damni", da parte del terzo, è avvalorata dal fatto che l'atto posto in essere arrecava pregiudizio alle ragioni del creditore, mediante sottrazione di garanzia patrimoniale e comportava maggiori difficoltà di esazione del credito (la venditrice si è spogliata della interezza dei propri cespiti immobiliari, e lo ha fatto dopo aver evaso il fisco per centinaia di migliaia di euro).

A detta del Giudicante tale consapevolezza può ritenersi in re ipsa, sia per l'alienante che per l'acquirente, stante la vendita degli unici beni immobiliari di proprietà della debitrice e stanti anche i vincoli familiari intercorrenti tra i soggetti che hanno partecipato al negozio, da un lato l'amministratore della società e dall'altro il suo coniuge, e socio unico della società, che ha agito in nome e per conto dei figli minori di entrambi.

In assenza di fatti probatori della simulazione il Giudicante, a fronte della "abnormità dell'operazione posta in essere, ha quindi preferito seguire la via dell'accoglimento della domanda revocatoria.

Alcuni aspetti problematici o particolari

La prima perplessità che nasce, non potendosi conoscere attraverso la sentenza l'intero sostrato materiale, è quello della posizione dei minori, che - è doveroso immaginare - avranno effettuato l'acquisto con le dovute autorizzazioni e, in teoria, previa verifica della disponibilità delle somme da impiegare per l'acquisto e della meritevolezza e convenienza dell'operazione finanziaria posta in essere.

Non può peraltro escludersi che non vi sia stata, in sede di atti autorizzativi all'acquisto, specificazione della provenienza delle somme utilizzate dai minori (o vi sia stata la generica dicitura che i minori possedevano le somme in forza di regalie ricevute in occasione di ricorrenze varie); ciò implicherebbe, almeno in linea di ipotesi, che i danari siano stati messi a disposizione da parte dei genitori stessi, senza danno diretto dei minori, ed anzi, probabilmente, questa è la situazione di fatto.

Peraltro non può escludersi che sussista, in linea teorica, una responsabilità per l'operazione posta in essere da parte del genitore che ha esercitato la potestà (in potenziale conflitto di interesse), con le tutte le conseguenze che ne possano derivare in termini di responsabilità (ovviamente, vi è autonomia tra provvedimento autorizzativo in favore dei minori ed il procedimento di che trattasi).

La decisione, che pure ha risposto ad esigenze di tutela da un punto di vista pratico, e che è stata riccamente suffragata dal richiamo a numerosa giurisprudenza di Cassazione, presenta comunque alcuni passaggi critici, che esamineremo nel dettaglio.

E' opportuno esaminare, nel dettaglio, i passaggi seguiti dal Giudice, al fine di giustificare l'accoglimento della domanda di revocatoria.

Sembra lineare il primo argomento: l'attrice ha dimostrato di essere di essere creditrice verso la società convenuta in forza degli avvisi di addebito

La strada in tal senso – come evidenzia pure il Giudicante - è stata tracciata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione le quali, attraverso una lettura estensiva dell'art. 2901 c.c., hanno equiparato ai crediti sottoposti a termine o condizione quelli eventuali e quelli c.d. litigiosi statuendo in relazione a quest'ultimi che l'azione revocatoria possa essere esperita anche prima della definizione del giudizio volto ad accertare la sussistenza del credito (Cass. SS. UU. 18.5.2004 n. 9440).

Il problema vero è quello dell' anteriorità del credito rispetto all'atto impugnato; ed a tal fine ritiene il giudicante che sia sufficiente l'insorgere della posizione debitoria, indipendentemente dal fatto che il credito sia certo, liquido ed esigibile.

Sotto tale profilo il Giudice richiama, ex multis, la sentenza di Cassazione n. 2748/2005, che fissa il principio della sufficienza della posizione debitoria, indipendentemente dal fatto che la stessa sia certa e determinata nel suo ammontare.

E la sentenza pure si dilunga ampiamente, come già sopra evidenziato, sul fatto che l'obbligazione tributaria sorge al momento del verificarsi del presupposto, o non già dal momento in cui avviene l'accertamento da parte dell'ufficio finanziario.

Tale principio, ampiamente motivato e giustificato in sentenza, non sembra richiedere ulteriori approfondimenti.

E così pure risulta motivato l'ulteriore aspetto che sussiste, da parte del debitore, un atto di disposizione pregiudizievole alla realizzazione del credito, stante la cessione dell'intero patrimonio immobiliare e la conseguente modifica qualitativa della garanzia patrimoniale, stante la maggiore facilità di cessione del denaro.

Tale aspetto merita un breve approfondimento.

Il Giudice cita la sentenza di Cassazione n. 1896/2012 la quale rimarca il principio che l'azione revocatoria non richiede la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, che può consistere non solo in una variazione quantitativa del patrimonio del debitore, ma anche in una modificazione qualitativa di esso

E del resto, anche la giurisprudenza più risalente (per tutte, Cass. 16 marzo 1982, n. 1700) riteneva sufficiente non solo un danno effettivo, ma un semplice pericolo di danno, quale una maggiore difficoltà, o incertezza o dispendiosità nell'esazione coattiva del credito.

E competerebbe al debitore, per sottrarsi all'azione, provare che il suo patrimonio residuo sia tale da soddisfare ampiamente le ragioni del creditore.

Del resto, sotto tale profilo, la contumacia della società convenuta ha sicuramente agevolato l'esito del giudizio. E anzi, il fatto che la società fosse inattiva e priva di dipendenti ha rafforzato il convincimento del Giudice.

Più delicato diviene il passaggio relativo alla necessità che il debitore ed il terzo siano a conoscenza del pregiudizio delle ragioni del creditore.

Il Giudice rileva che, in base a giurisprudenza costante, è sufficiente che la consapevolezza investa la riduzione della consistenza del patrimonio (da intendersi anche come maggiore difficoltà di esazione dello stesso)

Del resto sembra sufficientemente chiaro il tenore dell'art. 2901 c.c. i quale richiede, per gli atti di cessione a titolo oneroso successivi al sorgere del credito, che il debitore e il terzo conoscessero il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore.

Il Giudice ritiene che la consapevolezza può ritenersi "in re ipsa", vista la natura dell'operazione posta in essere, e vista anche la qualità dei soggetti partecipanti all'operazione, ossia – ricordiamolo – da un lato il legale rappresentante della società debitrice, e la socia unica della stessa e dall'altro la stessa socia, nella qualità di genitore dei figli minori di essa e dell'amministratore della società.

E a tal ultimo riguardo, il Giudicante si premura di rilevare che persino la "participatio fraudis" (richiesta per l'accoglimento dell'azione, quando l'atto dispositivo sia anteriore al sorgere del credito), può essere ricavata dalla sussistenza del vincolo parentale.

Certo, prova diretta della conoscenza del debito (consistente nel mancato pagamento di somme all'erario) da parte del terzo non v'è (ed è ben difficile ottenerla in ogni caso, se non in via indiziaria), ma tutto

sommato la presenza di vincoli parentali e sociali (la madre dei minori era socia unica della società) appare più che plausibile quale mezzo di conoscenza del debito.

Ovviamente la conoscenza del debito (mancato pagamento di somme all'Erario) sarebbe rimasta assai più problematico ove l'acquisto fosse stato posto in essere da un terzo.

Rimane l'unica perplessità – come abbiamo visto – legata alla presenza di minori, i quali debbono subire le conseguenze di una operazione posta in essere potenzialmente a loro danno (nel senso di assunzione del rischio della domanda revocatoria a fronte di un esborso di una cospicua somma di danaro); e non si comprende ove si sia spinta l'analisi della situazione di fatto in sede di autorizzazione all'acquisto, ma tale questione esula dal procedimento che si esamina.

Ovvero, i minori, nonostante gli strumenti posti in essere a loro tutela dall'ordinamento, si ritrovano esposti ad una azione revocatoria e ne devono subire le conseguenze; ma probabilmente, da un lato il Giudice delle autorizzazioni ha inteso l'atto da autorizzare quale atto a valenza liberale e favorevole ai minori, e dall'altro il Giudice di che trattasi, vista la situazione di fatto e gli stretti vincoli di parentela esistenti tra le parti contrattuali, non ha potuto far altro che accedere alla decisione poi presa.

La domanda di simulazione

Il fenomeno della simulazione, come noto, nasce da un accordo tra due o più parti, per porre in essere una attività negoziale meramente apparente, cui non corrisponda un effettivo regolamento di interessi delle parti o corrisponda un regolamento diverso.

Tradizionalmente, la simulazione era inquadrata come un fenomeno di divergenza tra volontà e dichiarazione; in tale contesto l'accordo simulatorio può considerarsi atto valido, perfetto ed efficace mentre il negozio simulato è nullo tra le parti (rectius, inefficace, ai sensi del vigente codice civile), per deficienza dell'elemento volitivo.

In realtà, la dottrina prevalente (tra i tanti: Mirabelli, *Del contratto in generale, UTET*; Sacco – De Nova, *Obbligazioni e Contratti, UTET*) tenta di inquadrare il fenomeno simulatorio in maniera più organica, rappresentando che il contratto non può essere definito attraverso una mera visione soggettivistica e che in realtà con il negozio simulatorio si vogliono una serie di effetti, anche complessi, che vanno "oltre", rispetto alla mera assenza di volontà del negozio simulato.

È sotto questo profilo i confini tra negozio simulato (specialmente quello relativo), negozio indiretto e negozio fiduciario tendono, in un certo senso, a "sbiadirsi", nonostante le ben definite differenze concettuali.

Sotto questo profilo sarebbe stato interessante verificare se vi erano gli estremi per riferire la supposta operazione simulata non ad una simulazione assoluta ma ad altra tipologia negoziale e, in particolare, ad una forma di simulazione relativa, di carattere donativo in favore dei minori, riguardante le somme di danaro o gli immobili (che costituiscono l'effettivo introito patrimoniale).

Probabilmente, sia la presenza di minori, che rende ben difficile ipotizzare una situazione simulatoria, (vi è da chiedersi se il genitore, come rappresentante del minore, possa porre in essere atti simulatori e che valenza possa avere una sua contro-dichiarazione nei confronti dell'atto autorizzato) che l'assenza di prove concrete ha costretto il Giudicante a negare subito l'esistenza di un accordo simulatorio; e sotto tale profilo, anche la cessazione di attività da parte della società e l'assenza di personale hanno finito col costituire indici concreti dell'assenza di una simulazione, almeno assoluta (che era poi quella invocata dall'attore).

Quindi, sotto questo profilo, si è in un certo senso "costretti" a condividere la decisione presa, anche se indagini ulteriori avrebbero forse potuto portare a risultati diversi.

Infatti viene sì potrebbe pensare, specialmente se le somme di danaro eventualmente transitate in capo alla società debitrice non erano di provenienza dei minori, che, in realtà, sia stata posta in essere una operazione diretta a trasferire la disponibilità dei beni non solo in capo ai minori ma anche in capo agli stessi genitori, che comunque ne conservavano l'amministrazione, per lo meno nella loro qualità o, in alternativa, un negozio indiretto con intento liberale nei confronti dei minori, ed al contempo diretto a sottrarre i beni immobili al patrimonio sociale.

Ma la stessa mancata costituzione dei convenuti, dovuta forse non solo ad un disinteresse alla vicenda (come tende a presupporre il Giudice) ma anche alla volontà di evitare prove contrarie e comunque di prendere posizione su una vicenda complessa ed equivoca, impedisce qualsiasi ulteriore ricerca sul punto.

E non è lecito, almeno in questa sede, indagare ulteriormente in un campo meramente ipotetico, e che in definitiva riguarda aspetti sia pure interessanti, ma che esulano dal giudizio in esame.

Giuseppe Malcangi

Tribunale di Pescara – decr. 12 settembre 2019, n. 4 R.F. – giudice delegato Colantonio - fall.to L.G. s.n.c. & Soci.

Fallimento – Domanda di ammissione al passivo – Transazioni commerciali – Credito non accertato con provvedimento giudiziario definitivo - Interessi moratori ex d.lgs. 231/2002 – Maturazione automatica – Periodo antecedente all'accertamento dell'insolvenza – Riconoscimento - Consentito

La disposizione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 231/2002, che prevede la non applicabilità della normativa sulle transazioni commerciali ai "debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore", disciplina i soli interessi maturati dopo la dichiarazione di fallimento; da ciò derivandone il diritto del creditore alla corresponsione degli interessi moratori, nella misura determinata dall'art. 5, maturati antecedentemente all'accertata insolvenza del debitore - ed a prescindere dalla liquidazione o meno degli stessi a mezzo provvedimento giudiziario passato in giudicato. (1)

(omissis)

Con ricorso del 14.04.2019, depositato in pari data, il Geom. *(omissis)* assumeva vantare un credito nei confronti della Società fallita a titolo di compensi professionali dal medesimo maturati in ragione dell'amministrazione del personale dipendente della stessa.

Per l'effetto, richiedeva l'ammissione del proprio credito nello stato passivo del fallimento, con il privilegio di cui all'art. 2751 - bis comma 1 n. 2 c.c. relativamente alla sorte capitale ed interessi di mora maturati sul capitale, ex d.lgs 231/02, dalla data della pronuncia del decreto ingiuntivo (17.12.2014) alla data dell'intervenuto fallimento (17.01.2019); in chirografo, per spese e competenze successive (es. esborsi e compensi fase monitoria, registrazione d.i., spese e compensi liquidati in sentenza, registrazione sentenza etc.).

A conforto della propria domanda, allegava: 1) fattura n. 5 del 21.7.2014; 2) ricorso per decreto ingiuntivo; 3) sentenza n. 235/2017 del 14.2.2017; 4) decreto di esecutorietà in data 11.9.2017 – decreto ingiuntivo; 5) prospetto calcolo interessi di mora; 6) Mod. F23 registrazione decreto ingiuntivo; 7) avviso di liquidazione registrazione sentenza.

In data 24.08.2019, in vista della fissata udienza di verifica (12.09.2019), il Curatore depositava nella Cancelleria del Tribunale il "progetto di stato passivo" che, contestualmente, trasmetteva a ciascun singolo creditore; nello stesso, la seguente proposta di ammissione in relazione al credito vantato dal Geom.

(omissis):

"ammesso per € 23.031,26 nella categoria privilegiati generali ante I grado, per le retribuzioni dei prestatori d'opera ex art. 2751 bis n. 2 c.c., come da fattura professionale allegata alla domanda di insinuazione. Il tutto oltre interessi da calcolarsi al tasso legale dalla data di scadenza della fattura e sino alla data di deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (19.06.2017). Escluse ulteriori somme richieste per interessi di mora ai sensi del d.lgs 231/02, per spese di registrazione e competenze liquidate in d.i. n. 2409/2014 (opposto) e successiva sentenza n. 235/2017, in quanto il d.i. risulta dichiarato definitivamente esecutivo ex art. 647 c.p.c. in data successiva al deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (11.09.2017)".

Facevano seguito brevi "note difensive" del 05.09.2019 a mezzo delle quali parte creditrice, a parziale modifica della originaria domanda, chiedeva integrarsi la proposta del curatore con l'ammissione allo stato passivo dell'ulteriore importo di euro 5.061,49 quali interessi moratori maturati sull'importo ingiunto, calcolati dalla data di pronuncia del decreto ingiuntivo (17.12.2014) fino a quella di presentazione della domanda di concordato preventivo (11.09.2017); non rilevando al riguardo la circostanza secondo cui la definitiva esecutorietà del decreto stesso, ex art. 647 c.p.c., fosse stata disposta in data 11.9.2017 e cioè dopo la data di presentazione della domanda di concordato (19.6.2019).

Nel corso dell'udienza di verifica del 12.09.2019, il Giudice Delegato, ritenuta la proposta svolta dal curatore e le argomentazioni difensive di parte creditrice, recepiva quest'ultime così statuendo:

"Ammesso per euro 23.031,26 nella categoria privilegiati generali, ante 1 grado, per le retribuzioni dei prestatori d'opera ex art. 2751 bis n. 2 c.c., come da fattura professionale allegata alla domanda di insinuazione. Il tutto oltre interessi di mora ex decreto legislativo n. 231/2002 dalla data della pronuncia del decreto ingiuntivo (17/12/2014) e sino alla data del deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (19.06.2017) *(omissis)*"

NOTA (1): IN ORDINE ALL'APPLICABILITA' DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 231/02 ALLE PROCEDURE CONCORSUALI

L'emarginato provvedimento, reso nell'ambito di una procedura concorsuale, rappresenta una chiara interpretazione innovativa del precetto normativo di cui al d. lgs. 231/02, in linea con i più recenti arresti della Suprema Corte ed in contrasto con il precedente quanto consolidato orientamento del Foro di Pescara. Invero, e come si dirà meglio infra, l'interpretazione dell'art. 1 del d.lgs n. 231 del 2002 nella parte in cui esclude l'applicazione delle disposizioni del citato decreto al fallimento è stata sempre oggetto di due diverse correnti di pensiero, l'una secondo cui nell'ambito delle procedure concorsuali è da escludersi tout court il riconoscimento degli interessi moratori, salvo siano essi contenuti in un provvedimento giudiziario passato in giudicato, l'altra secondo cui il divieto è da valere solo per la fase successiva al fallimento.

Ebbene, con il decreto legislativo n. 231 del 9 ottobre 2002, in vigore dal 7 novembre 2002, emesso in attuazione dell'art. 26 della Legge Comunitaria 01 marzo 2002, n. 39 che delegava il Governo ad attuare la Direttiva dell'Unione Europea 2000/35/CE, il nostro Legislatore ha previsto che, nell'ambito di una transazione commerciale, colui il quale subisce ingiustificatamente un ritardo nel pagamento di un dato importo ha diritto alla corresponsione degli interessi di mora.

In dottrina (MANCUSO, "La mora del debitore nella disciplina sul ritardato pagamento", in www.diritto.it), con riferimento alla tecnica di normazione utilizzata per la redazione del D. Lgs. n. 231/2002 citato, è stato evidenziato come "questa disciplina utilizza la tecnica della mora ex re allo scopo di tutelare il creditore contro il ritardato pagamento da parte del debitore", con la precisazione che "la funzionalità di questa tecnica sembrerebbe fondata sulla decorrenza automatica degli interessi moratori per il solo fatto del ritardo imputabile ... conseguentemente al debitore per liberarsi resterebbe la sola prova della non imputabilità del ritardo ...".

In particolare, la normativa de qua, prevede che gli interessi commerciali si applichino automaticamente alle obbligazioni di pagamento adempite in ritardo, in relazione ai sotto indicati rapporti:

- a) Imprese e imprese;
- b) Imprese e professionisti;
- c) Imprese e/o professionisti e Pubblica Amministrazione.

Con riguardo alla disciplina, si osserva come, da un lato, l'art. 4, nel premettere al comma 1 che "gli interessi di mora decorrono senza che sia necessaria la costituzione in mora, dal giorno successivo senza alla scadenza del termine per il pagamento", individua i termini di pagamento; dall'altro, l'art. 5 regolamenta il saggio degli interessi.

Con specifico riferimento alla materia concorsuale, assume rilievo la norma di cui all'art. 1 del citato decreto, che così statuisce: "1. Le disposizioni contenute nel presente decreto si applicano ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale. 2. Le disposizioni del presente decreto non trovano applicazione per: a) debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito; b) pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un assicuratore".

Orbene, sulla scorta di detta disposizione s'è posta – in seno alla giurisprudenza di merito e di legittimità – la questione circa l'ammissibilità della domanda di un imprenditore/professionista, svolta in sede di verifica dello stato passivo, finalizzata al riconoscimento degli interessi commerciali ex d.lgs. n. 231/2002: sotto questo profilo, come già anticipato, nel corso del tempo si sono cristallizzati due orientamenti, l'uno contrapposto all'altro.

Secondo un primo indirizzo radicatosi nell'ambito della giurisprudenza di merito, di natura restrittiva, gli interessi di mora non possono essere fatti valere in sede concorsuale, in quanto "la previsione dell'art. 1 del d.lgs. n. 231/2002 ... deve essere interpretata nel senso che deve escludersi in sede fallimentare il debito per interessi di mora al tasso cosiddetto commerciale, potendo quindi il creditore essere ammesso al passivo del fallimento per gli interessi sui crediti commerciali scaduti anteriormente alla dichiarazione di fallimento solo nei limiti del tasso legale di cui all'art. 1284 c.c., fatta salva ovviamente l'ipotesi in cui la debenza di detti interessi sia affermata da un titolo giudiziale passato in giudicato" (ex multis Tribunale di Pescara, 10 febbraio 2009, Tribunale di Mantova, Sez. II, 13 maggio 2014; Tribunale di Ravenna, 5 ottobre 2015); il Tribunale di Roma, 31 gennaio 2013, ha poi puntualizzato che "si tratta di un'esclusione - nello spirito della stessa direttiva - volta a consentire una parificazione di tutti i creditori partecipanti al concorso (venendo in maggior rilievo i rapporti reciproci fra questi ultimi - una volta sopraggiunta l'insolvenza del debitore - e

rimanendo così pienamente giustificata l'inoperatività della deroga alla disciplina generale sugli interessi moratori prevista dalle singole legislazioni interne)";

Di tutt'altro avviso un diverso orientamento il quale ha espressamente riconosciuto la possibilità per l'imprenditore / libero professionista di pretendere, in sede concorsuale, gli interessi commerciali, con la conseguente considerazione che l'esclusione di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 231/2002 opera limitatamente al periodo successivo all'incardinazione della procedura fallimentare, mentre – prima dell'emissione della sentenza che dichiara il fallimento di un'azienda – le obbligazioni contratte dal debitore ex art. 4 decreto legislativo citato sarebbero produttive di interessi moratori, in via automatica, senza la necessità di un formale atto di messa in mora del debitore.

Quanto sopra fornendo una diversa e più estesa interpretazione della norma nazionale di attuazione, alla luce delle specifiche finalità perseguite dalla direttiva comunitaria.

Si è detto che finalità della direttiva europea n. 2000/35/CE, a cui il d.lgs. 231/2002 si propone di dare attuazione, è quella di contrastare condotte di rinvio dei pagamenti adottate come tecnica finanziaria di gestione delle esposizioni debitorie dell'impresa, al fine di evitare i riflessi a cascata sull'economia europea in termini non solo di maggiori oneri finanziari e amministrativi per le imprese creditrici, ma anche di creazione di rischi di insolvenza e di perdita dei rapporti di lavoro.

Il riconoscimento della maturazione degli interessi – che si acquistano giorno per giorno ex art. 821 cod. civ., dalle scadenze e ai saggi previsti dagli artt. 4 e 5 d. lgs. 231/2002 in ragione della morosità dell'imprenditore fino all'apertura del concorso – rimane del tutto coerente con le finalità della direttiva sopra

indicate. Il disposto dell'art. 1, comma 2, lett. a), d. lgs. 231/2002 deve essere così inteso come un'eccezione rispetto alla regola generale giustificata dal fatto che, una volta aperto il concorso, il pagamento non pronto trova causa non più nel fenomeno di procrastinazione dei pagamenti che la direttiva europea si riprometteva di contrastare, ma nell'esigenza di dare regolare sviluppo alla procedura concorsuale nell'interesse di tutti i creditori.

La speciale disciplina riservata dal d.lgs. 231/2002 alle procedure concorsuali è perciò finalizzata a una gestione dei diritti acquisiti al momento dell'apertura del concorso nell'ottica di salvaguardare la par condicio creditorum. Una lettura che anticipasse la disapplicazione dei tassi cd. commerciali a un'epoca anteriore al fallimento priverebbe invece i creditori concorsuali di un diritto ormai maturato al momento dell'apertura del concorso.

In proposito la Suprema Corte ha già avuto modo di precisare che il peculiare statuto dei crediti nati nelle transazioni commerciali tra imprese, imposto dal diritto comunitario, i cui interessi si producono automaticamente e senza la necessità formale della messa in mora del debitore secondo il meccanismo previsto dall'art. 4 del d. lgs. 231/2002, ha natura speciale rispetto alle preesistenti disposizioni comuni nel diritto concorsuale (gli artt. 54 e 55 legge fall.) e non può essere oggetto di interpretazioni abroganti da parte del giudice comune che si pongano in contrasto con il principio di effettività della normativa europea. Sarà quindi necessario ritenere che i presupposti per l'applicazione del diritto comunitario (e cioè l'automatico addebito degli interessi moratori nei rapporti a cui è applicabile la direttiva menzionata) ricorrano, proprio perché imposti ex lege, senza la necessità di un provvedimento giudiziale e fino al provvedimento dichiarativo di fallimento (avente, peraltro, natura costitutiva: Cass., S.U., n. 26619/2007 e successive conformi) e senza che tale statuizione possa avere effetto retroattivo, disponendo la cancellazione del relativo credito ormai legittimamente maturato.

Non convince la tesi secondo cui, ove si ritenesse che i tassi in parola si applicano sino alla data del fallimento, la norma in questione non farebbe altro che ribadire quanto già previsto in via generale dall'art. 55 L.F.

In realtà, a prescindere dal fatto che la coerenza di due norme non impone di andare ad assegnare ad una delle due un significato distonico al fine di non ritenere la stessa inutile, l'art. 55 legge fall. mantiene la sua utilità, perché stabilisce non solo la regola generale della sospensione del corso degli interessi, ma prevede anche la scadenza anticipata dei debiti del fallito ai fini del concorso nella logica della cristallizzazione del passivo e, soprattutto, il protrarsi del decorso degli interessi per i crediti privilegiati o garantiti da pegno o ipoteca.

Da quanto sopra ne deriva che l'art. 1, comma 2, lett. a), d. lgs. n. 231/2002, il quale stabilisce l'inapplicabilità delle disposizioni dettate dal medesimo decreto per i debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, deve essere interpretato nel senso che, conformemente alla regola dettata in via generale dall'art. 55 r.d. 16 marzo 1942, n. 267, l'esclusione del tasso d'interesse maggiorato previsto dagli artt. 4 e 5 d. lgs. 231/2002 opera soltanto a decorrere dalla data della dichiarazione di fallimento, fermo restando il diritto al riconoscimento di quelli già maturati in epoca

anteriore all'accertamento dello stato d'insolvenza del debitore (ex multis : Cass. civ., Sez. I, ord. n. 14637/2018; Cass. 8/2/2017 n. 3300; Cass. 5/6/2016 n. 8979); il Giudice delegato, in mancanza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il credito maturato a titolo di interessi moratori, dovrà compiere l'accertamento dell'ammontare degli interessi maturati in sede di ammissione al passivo del credito, secondo le regole stabilite dalla legge speciale, attuativa della direttiva comunitaria menzionata. Un orientamento estensivo che, amplia, dunque, le prerogative creditorie ex art. 93 seguenti Legge Fallimentare degli imprenditori nei confronti delle aziende fallite.

Sul punto numerose pronunce della giurisprudenza di merito; si segnalano Tribunale di Milano, 21 gennaio 2008, il quale ha decretato come "gli interessi previsti dall'art. 4 del d. lgs. n. 231/2002 (Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali) decorrono automaticamente, senza formale necessità di messa in mora, dal primo giorno successivo al mancato pagamento. Con riguardo alle procedure concorsuali, i crediti relativi alle transazioni commerciali in esame produrranno interessi fino alla dichiarazione di fallimento ma non per il periodo successivo, stante la previsione secondo cui la disposizione non si applica "ai debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore"; ancora, sempre Tribunale di Milano, 26 agosto 2014, che ha precisato che "ed è proprio l'automatismo previsto dalla norma ..., a far ritenere che, ove il rapporto negoziale sottostante consenta l'applicazione del decreto legislativo citato, la sopravvenuta dichiarazione di fallimento non può incidere su un diritto ormai acquisito, qual è quello volto ad ottenere oltre che il pagamento del capitale, anche degli accessori maturati tra il momento della scadenza dell'obbligazione ed il fallimento".

Conformi le più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità; la Suprema Corte, infatti, nel fare il punto della situazione in tema di procedure fallimentari, ha riconosciuto alle aziende – in sede di deposito delle domande di insinuazione, tempestiva o tardiva, al passivo – la possibilità di poter pretendere non più gli interessi al tasso legale ex art. 1284 codice civile, bensì quelli commerciali maturati ai sensi del D. Lgs. n. 231 del 2002, decorrenti dal dì del dovuto sino alla data di dichiarazione del fallimento. (cfr. Cass. Sez. I, Ord. n. 14637/18; Cass. Sez. I, 8 febbraio 2017, n. 3300; Cass. Sez. VI, 5 maggio 2016, n. 8979).

In particolare, i giudici del "Palazzaccio" hanno statuito che "solo dal momento della dichiarazione di fallimento decorre il divieto di riconoscimento degli interessi moratori commerciali per debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore (art. 1, comma 2, legge n. 231 del 2002), fermo restando il diritto al riconoscimento di quelli già maturati antecedentemente all'accertata insolvenza del debitore; la disciplina, infatti, dei crediti nati nelle cd. «transazioni commerciali» tra imprese ha un suo peculiare statuto imposto dal diritto comunitario e di natura speciale rispetto alle preesistenti disposizioni del diritto concorsuale (artt. 54 e 55 legge fall.) che non può essere oggetto di interpretazioni abroganti da parte del giudice comune. Spetta al giudice delegato ai fallimenti di procedere, in sede di ammissione al passivo, in mancanza di una sentenza passata in giudicato che abbia quantificato il credito maturato a tale titolo, al relativo accertamento, secondo le regole stabilite dalla predetta normativa speciale".

Da ultimo, circa il termine di decorrenza degli interessi moratori, occorre precisare che, secondo il principio della "consecuzione delle procedure concorsuali", allorché ad una procedura di concordato consegua la declaratoria di fallimento della Società beneficiata, i diversi procedimenti succedutisi nel tempo a carico del medesimo debitore, sono considerati come fasi di un unico processo; da qui, in sede di ammissione al passivo di un credito, il termine ultimo per il calcolo dei relativi interessi andrà a coincidere con la data di presentazione della domanda di concordato e non piuttosto con quella di deposito della sentenza dichiarativa di fallimento. (principio che, dapprima elaborato dalla giurisprudenza e stato poi formalmente recepito dal legislatore con l'intervento sull'art. 69-bis L.F.).

Concludendo, nella fattispecie che ci occupa, il Tribunale di Pescara, accertata l'esistenza e l'entità del credito vantato dal ricorrente, verificata l'esistenza dei presupposti di legge per l'astratta applicabilità del d.l.vo n. 231/2002, ritenuta la ratio della direttiva comunitaria e le recenti statuizioni della Suprema Corte, ha riconosciuto la debenza degli interessi moratori maturati sul credito professionale del ricorrente, ex art. 5 d.lgs. 231/02, dalla data della sua esigibilità e sino alla data di proposizione della domanda di concordato preventivo, pur in mancanza di un provvedimento giudiziario divenuto definitivo.

Da qui, una nuova prospettiva di giustizia per tutti coloro che sino ad oggi si sono visti riconoscere, in sede di ammissione del proprio credito al passivo del fallimento, i soli interessi al tasso legale, ex art. 1284 cod. civ., a dispetto dei principi comunitari.

Alessio Ritucci

Tribunale di Vasto – ord. 25 settembre 2019, n. 3750 – est. Pasquale – M. c. D.

Famiglia – Convivenza *more uxorio* – Cessazione – Provvedimenti relativi alla prole – Prescrizione di un percorso psicoterapeutico - Ammissibilità

In materia di regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli nati fuori dal matrimonio, dopo la cessazione della convivenza more uxorio, il giudice al fine di favorire la ripresa e la qualità dei rapporti stessi può ordinare – all'esito dell'audizione del figlio minore ultradodicesimo - un percorso psicoterapeutico a cura e spese del genitore in difficoltà, altresì raccomandando all'altro genitore (nel caso di specie, la madre) di adoperarsi per favorire tali rapporti. (1)

(omissis)

1. (omissis), assumendo di aver intrattenuto, dal 2005 al 2014, una convivenza *more uxorio* con (omissis), durante la quale è nata, in data 13.05.2007, la figlia (omissis), ha proposto ricorso innanzi all'istituto Tribunale, al fine di sentir adottare i provvedimenti relativi alla disciplina dell'affidamento e del mantenimento della figlia minore per il periodo successivo alla cessazione della convivenza *more uxorio*, chiedendo – in particolare – che la figlia resti affidata a entrambi i genitori, sia pure con collocazione prevalente presso la madre e con facoltà per il padre di vederla e tenerla con sé secondo le modalità indicate nel ricorso e dichiarandosi disponibile a contribuire al mantenimento della figlia mediante versamento di una somma mensile pari ad € 250,00 (annualmente rivalutabile secondo gli indici Istat), oltre al 50% delle spese straordinarie da sostenersi nell'interesse della minore.

2. (omissis), costituitasi in giudizio, pur non opponendosi all'affidamento condiviso della minore, ha chiesto di regolamentare i tempi di permanenza della piccola (omissis) presso il padre, previo ascolto della minore e tenuto conto dei disagi emotivi manifestati dalla stessa nell'incontrare il genitore. In merito alla richiesta di contribuzione al mantenimento della figlia, si è dichiarata disposta ad accettare un assegno mensile non inferiore ad € 300,00, oltre al 50% delle spese straordinarie.

3. In ordine all'affidamento del figlio minore, questo Collegio prende atto favorevolmente della comune volontà delle parti di affidare la minore (omissis) ad entrambi i genitori, conformemente alla regola generale del regime di affidamento condiviso, quale strumento che consente ai figli di mantenere un rapporto equilibrato e significativo con ciascuno dei genitori.

Quanto alle modalità ed ai tempi di permanenza della minore presso ciascun genitore, è preferibile che la minore, atteso l'interesse ad una crescita serena nell'ambiente domestico nel quale è finora vissuta, avulsa da frastornanti disarmonie esistenziali, conviva prevalentemente con la madre.

Quanto al rapporto di frequentazione con il padre, deve innanzitutto prendersi atto che la piccola (omissis) (già dodicesimo al momento della sua audizione), ascoltata all'udienza del 10.07.2019, ha manifestato un'evidente difficoltà nella coltivazione di un rapporto sereno ed equilibrato con il padre, del quale ha lamentato soprattutto la scarsa capacità di comprensione dei bisogni legati alla sua età ("Con papà non riesco a recuperare un buon rapporto, perché lui sostiene che io sia sbagliata e debba cambiare carattere. Lui mi accusa di essere stupida, cattiva, scema e maleducata, oltre che aggressiva. Papà è molto testardo, vuole sempre avere ragione lui [...]; quando sto con lui non mi sento libera di esprimere il mio pensiero, perché altrimenti lui si arrabbia e inizia a dirmi delle parolacce [...]; io non mi sento capita da papà. Quando provo a fargli delle confidenze, lui mi dà dei consigli sbagliati").

Tuttavia, la bambina ha dichiarato di essere molto legata al padre e di voler recuperare un buon rapporto con il genitore, sebbene sia emerso che la stessa percepisca i comportamenti dell'uomo e la difficoltà di adattarsi alle sue esigenze come un ostacolo ad una normale ripresa della loro relazione.

Il contatto diretto del giudice con la minore ha permesso di rilevare che la piccola (omissis) è comparsa in udienza con disponibilità ed ha risposto alle domande in modo sereno e con atteggiamento educato. E' apparsa curata, adeguata nell'esposizione in ragione della sua età; si è anche posta al giudice senza gesticolare, senza abbassare o volgere altrove lo sguardo, in modo molto consapevole e preciso. Deve, quindi, prendersi atto che la minore è risultata pienamente capace di discernere e che le sue risposte sono apparse essere il frutto del suo volere.

Cionondimeno, dal tenore delle dichiarazioni rese dalla minore, è emerso che, per un verso, la figura paterna dimostra difficoltà a comprendere i bisogni evolutivi della figlia ed assume un atteggiamento di ostilità e di scarsa empatia che, unitamente ad uno stile educativo non equilibrato e a tratti violento, condiziona negativamente non solo la relazione tra padre e figlia, ma anche il sereno sviluppo psicologico della minore. Per altro verso, è apparso chiaro come la minore abbia sviluppato una sorta di avversione nei confronti di talune caratteristiche caratteriali del padre ("per riavvicinarsi a me lui dovrebbe cambiare, nel senso di essere meno arrogante [...]; vorrei che lui fosse meno aggressivo, più rispettoso delle mie idee e più vero"), di cui ha fornito una rappresentazione sostanzialmente negativa.

Tale situazione di rifiuto del padre, da un lato, rischia di pregiudicare, sul piano psicologico, i corretti processi di identificazione con le figure genitoriali, nonché la fiducia di base verso il mondo esterno e, dunque, la capacità di instaurare rapporti sani e soddisfacenti con gli altri; dall'altro, implica il pericolo di innescare processi di marginalizzazione della figura paterna, che potrebbero condurre il padre a deleterie condotte abdicative.

Per questi motivi, non essendo pensabile che il recupero del rapporto tra padre e figlia sia rimesso alla esclusiva volontà della minore e ritenuto che entrambi necessitino di un supporto psicoterapeutico orientato alla costruzione di un rapporto personale reciproco continuativo, armonico e sereno, a tutela del diritto della figlia alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e tranquilla, sulla resistente incombe l'onere di adoperarsi per preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, rappresentando alla figlia l'importanza del mantenimento di un equilibrato rapporto con il padre, mentre su costui incombe l'onere di sottoporsi, insieme alla figlia minore, ad un percorso psicoterapeutico, condotto da uno specialista individuato e scelto a cura e spese del ricorrente e finalizzato ad aiutare sia il genitore che la figlia nel processo di recupero di un equilibrato rapporto e di una corretta percezione di entrambe le figure genitoriali. Con la precisazione che - qualora il ricorrente non si attenga alle condizioni dettate - detto comportamento potrà essere valutato anche ai fini della modifica delle modalità di collocamento della minore.

Nell'ambito del percorso psicoterapeutico, sarà onere del medico specialista fissare i tempi e le modalità di incontro tra la minore ed il padre, almeno fino a quando i rapporti personali tra i due non saranno serenamente e correttamente ripristinati. Per il periodo successivo, (*omissis*) potrà vedere la figlia ogni volta che vorrà, compatibilmente con le sue esigenze di studio, in base alle modalità di volta in volta concordate dai genitori o comunque, in caso di disaccordo tra gli stessi, secondo il programma minimo di realizzazione del rapporto tra il padre e la figlia indicato in dispositivo, riservando, in ogni caso, ai genitori di concordare, volta per volta, più specifica regolamentazione e rimanendo in facoltà degli stessi di stabilire un generale ampliamento del programma.

A tale onere deve aggiungersi anche quello, a carico degli odierni contendenti, di attivare un percorso psicoterapeutico di coppia al fine di sviluppare, affinare e correggere le proprie capacità genitoriali.

In ogni caso, entrambi i genitori hanno l'obbligo di contribuire alla cura, all'istruzione e all'educazione della figlia in maniera armonica, attraverso un costante rilascio reciproco di informazioni ed un assiduo controllo dei risultati scolastici, delle compagnie e del comportamento in generale, sempre rappresentando alla figlia l'importanza del mantenimento di un equilibrato rapporto con ambedue i genitori.

Le decisioni di maggiore interesse per la figlia relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale della minore dovranno essere assunte di comune accordo, tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni della figlia, mentre le decisioni su questioni di ordinaria amministrazione potranno essere prese dai genitori anche separatamente, con la precisazione che - qualora il genitore non si attenga alle condizioni dettate - detto comportamento potrà essere valutato anche al fine della modifica delle modalità di affidamento.

4. Con riferimento alle modalità di contribuzione del (*omissis*) al mantenimento della figlia, tenuto conto delle attuali esigenze della figlia, dei tempi di permanenza della stessa presso ciascun genitore e delle risorse economiche di entrambe le parti, come pure dell'impegno finanziario della madre nella crescita della figlia e della rilevanza economica dell'impegno quotidiano delle cure materne, questo Collegio reputa equo porre a carico di (*omissis*) l'obbligo di corresponsione, in favore di (*omissis*), di un assegno mensile pari ad € 250,00,

annualmente rivalutabili secondo gli indici Istat, oltre al rimborso, nella misura del 50%, delle spese straordinarie da sostenersi nell'interesse della minore. La decorrenza dell'obbligo di contribuzione, come sopra specificato, va fissata dalla data di presentazione della domanda e non da quella del deposito del presente provvedimento, in base al principio generale per cui le conseguenze negative della durata del

giudizio non possono ricadere in danno della parte che si vede accogliere (anche solo parzialmente) la propria domanda.

5. La natura della controversia e gli esiti decisori del ricorso giustificano la compensazione integrale delle spese processuali tra le parti.

(omissis)

NOTA (1)

La riportata ordinanza, in verità particolare, evidenzia con chiarezza la difficoltà della giurisdizione di affrontare con metodo appropriato la complessità e molteplicità delle relazioni affettive nella società in cui viviamo, tema su cui sono intervenute nell'ultimo quindicennio, nel tentativo di regolamentarle, nuove norme sia di diritto sostanziale che di diritto processuale dal carattere spesso frammentario e disorganico che la giurisprudenza ha interpretato in modo non sempre coerente.

Il tema è davvero ampio perché attiene ad un passaggio assai significativo e, a volte, tumultuoso dei modelli relazionali più consolidati ed altresì delle concezioni educative su cui sono state chiamate ad intervenire sia le normative sia le interpretazioni giurisprudenziali e dunque richiederebbe, per essere adeguatamente trattato nei suoi vari aspetti, un approfondimento molto accurato che un breve commento come questo non può consentire

Cercherò tuttavia di individuarne alcuni aspetti essenziali.

Partendo dalla considerazione che la grande conflittualità tra i genitori che si rileva nella maggior parte delle situazioni sottoposte alla giurisdizione sulle scelte riguardanti la crescita e l'educazione dei figli e la pervicace delegittimazione che spesso ciascuno di essi conduce sull'altro sia molto lesiva del cd. "interesse del minore", principio ispiratore di tutta la normativa e della giurisprudenza in materia, che ormai viene considerato un interesse di natura pubblica, come è facile evincere, tra le altre, dalla norma contenuta nell'art. 709 ter, 2° comma, c.p.c. introdotta con la legge n. 54/2006: quest'ultima, com'è noto, prevede, nel caso di "gravi inadempienze o di atti che comunque arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento", una serie di provvedimenti dell'autorità giudiziaria di carattere risarcitorio tra cui il pagamento di una sanzione pecuniaria a carico del genitore inadempiente che va da un minimo di 75,00 euro ad un massimo di 5.000,00 euro in favore della Cassa delle Ammende.

A conferma della natura ormai pubblica, uscita dalla sfera privata dei soggetti, dell'interesse tutelato.

L'interpretazione di questo criterio, associato alla convinzione che i genitori, benché adulti, siano incapaci o dimostrino di essere incapaci di svolgere adeguatamente il proprio ruolo (e qui si aprirebbe un altro capitolo che ha rilievo nelle decisioni) ha portato negli anni ad interventi sempre più ampi dell'autorità giudiziaria sui vari aspetti che riguardano la vita del minore (si pensi a quelli in materia sanitaria) che acquistano una valenza molto incisiva nei procedimenti di rottura dei vincoli familiari (separazione, divorzio, cessazione della convivenza).

Il Giudice, posto di fronte ad una problematica che presenta aspetti di natura psicologica e sociologica diversi dalla sua formazione, ha nella totalità dei casi fatto ricorso, com'è corretto che sia, alla consulenza psicologica d'ufficio sia per la verifica della idoneità genitoriale delle parti sia al fine della valutazione del miglior collocamento dei minori, consulenza che costituisce la base su cui egli costruirà il proprio convincimento dopo un attento esame della stessa, delle osservazioni dei consulenti di parte e degli altri elementi probatori che emergono dal giudizio.

Strumento corretto, indispensabile in tutti i procedimenti nei quali viene richiesta per la decisione una competenza specifica che non fa parte della formazione del Giudice e, per tal motivo, sollecitato, quando la problematica ha cominciato a porsi con frequenza ed ad accentuarsi dopo l'entrata in vigore dell'affido condiviso con la legge n. 54/2006 (non possiamo in questa sede approfondirne le ragioni), in primo luogo dagli avvocati specializzati in materia aderenti alla Associazione, l'A.I.A.F., con lo scopo di dare un supporto tecnico al Giudice da parte di soggetti in grado di valutare con maggiore competenza gli aspetti da esaminare.

È chiaro che, affinché la consulenza adempia adeguatamente la propria funzione nel processo, sono molto importanti le modalità con cui essa viene svolta e cioè i criteri con cui il consulente viene scelto, la precisione del quesito che gli viene sottoposto e la garanzia che venga assicurato il pieno contraddittorio tra le parti.

Dunque, è indispensabile che tutte le parti siano messe nella condizione di verificare il rispetto delle norme processuali ed altresì dell'iter valutativo compiuto dal consulente ai fini di rispettare i principi del giusto processo.

Tralasciando in questa sede l'esame degli innumerevoli problemi che si pongono in tema di consulenza tecnica psicologica proprio per la peculiarità delle indagini di cui si occupa, c'è un elemento che va sottolineato: essa, da strumento di supporto alle decisioni del giudice, è diventata non solo del tutto sostitutiva di una valutazione da parte sua, ma ciò che più deve essere oggetto di riflessione è che essa ha progressivamente perso la funzione di fare una diagnosi della situazione esaminata, ma ha assunto una funzione "curativa" e sostitutiva del ruolo dei genitori.

In occasione del Convegno organizzato dall'AIAP Abruzzo nel marzo 2018 presso il Tribunale di Pescara sul tema "Conflittualità genitoriale e condizionamento dei minori: quali strumenti processuali di tutela? "Metodi di individuazione della strumentalizzazione all'interno del conflitto familiare" cui hanno partecipato magistrati e psicologi, avevo sentito l'urgenza di evidenziare come le consulenze psicologiche d'ufficio dopo aver "fotografato" la situazione, spesso con adeguato approfondimento, tuttavia finivano tutte per concludere con la indicazione di una serie di "prescrizioni comportamentali" date alle parti, tutte animate da buona volontà e più che corrette, ma utopistiche nella situazione data (oltre che, ovviamente già più e più volte indicate dagli avvocati, se specializzati nella materia) e con la richiesta del cd. "monitoraggio" da eseguire nel tempo per controllarne il rispetto da parte dei genitori.

La conseguenza di tali conclusioni ha finito per determinare la prosecuzione del giudizio per mesi e, a volte, per anni, e soprattutto la mancata assunzione da parte del magistrato di un provvedimento che, allo stato ed in quella data situazione, potesse costituire la soluzione meno dannosa per il minore.

Con buona pace del rispetto del suo interesse!

Questa lunga premessa che fotografa la situazione in atto da tempo mi è sembrata necessaria per inquadrare, sia pur superficialmente, le tendenze in atto, nella trattazione della materia familiare e minorile, dovendo tuttavia rimanere chiaro che la consulenza tecnica psicologica, purché disposta con i criteri indicati, deve rimanere con le adeguate attenzioni lo strumento centrale in questo tipo di processi.

Venendo all'ordinanza in commento, si può rilevare come essa costituisca l'esempio, anche estremo di una modalità di conduzione del processo non condivisibile, poiché in essa il Collegio ritiene addirittura superflua l'indagine da affidare ad un consulente che approfondisca le difficili problematiche che egli stesso rileva e, in virtù di sue personali osservazioni piuttosto "semplici", assume dei provvedimenti che meritano alcune osservazioni:

-in primo luogo, va osservato che principio cardine dell'ordinamento rimane il principio che il giudice è vincolato al rispetto dell' art. 115 c.p.c. che gli impone di decidere secondo le prove che emergono dal giudizio e non semplicemente "secundum conscientiam": la conseguenza è che, nei casi come quello oggetto dell'ordinanza in commento, il giudice non può utilizzare solo le nozioni di comune esperienza o quelle anche più specifiche che a lui venissero da studi ed interessi personali, ma deve far ricorso per l'esame dei problemi ad un soggetto che abbia competenze specifiche nella materia di cui trattasi, anche se esso deve rimanere suo "ausiliario" e non suo sostituto.

Un confine delicato, ma fondamentale per dare risposte corrette a problemi complessi quali sono quelli che emergono nelle controversie che hanno ad oggetto le relazioni affettive e familiari e che stanno tra la giurisdizione e la psicologia.

Nel giudizio concluso con l'ordinanza in commento, il Collegio non ha ritenuto necessario un approfondimento del problema del rapporto padre-figlia che emergeva, ma ha ritenuto sufficienti le proprie ragioni di "buon senso" (come definirle?) sia per valutare la cd. "capacità di discernimento" introdotta con l'art. 155 sexies c.c. della legge n. 54/2006 e mutuata dagli ordinamenti europei, sia per assumere i conseguenti provvedimenti.

E' pur vero che l'art. 155 sexies c.c. prevede la necessità dell'audizione del minore capace di discernimento, se di età inferiore ai 12 anni o ultradodicesimo, ai fini del decidere sul suo collocamento, ma, a parte i grandi dubbi che la norma ha sollevato, è certo che nelle ipotesi in cui emergano conflitti dannosi per il suo sviluppo psicofisico e la costruzione della sua identità, il rispetto del suo interesse richiede il supporto di un tecnico nell'indagine ed altresì nell'audizione.

-In secondo luogo, il Collegio ha "disposto" che padre e figlia si sottoponessero ad un percorso psicoterapeutico da affidare ad uno "specialista" non meglio identificato cui ha affidato l'onere di fissare tempi e modalità di incontro tra padre e figlia, precisando che esso sarà scelto dallo stesso ricorrente e da lui pagato.

Fermandosi all'analisi di questo passaggio del provvedimento, non si può non sottolineare come il Giudice non "consigli" il perseguimento di un percorso psicologico per il padre e la figlia ed altresì per le parti adulte, ma si spinga a disporlo.

La questione è divenuta oggetto di attenzione da parte della Suprema Corte dopo l'intervento di alcuni Tribunali di merito che avevano disposto non solo prescrizioni specifiche ai genitori, ma altresì la condanna in caso di mancato adempimento ex art. 614 c.p.c.: vedi, tra altre, Trib. Roma, Sez. 1, 1 giugno 2012.

La Cassazione, con la sentenza n.13506 del 1/7/2015, relatore Bisogni, è intervenuta sul problema chiarendo che "la prescrizione ai genitori di sottoporsi a un percorso psicoterapeutico individuale e a un percorso congiunto di sostegno alla genitorialità è lesiva del diritto alla libertà costituzionalmente garantita".

Rimanendo tuttavia aperto il problema, dal momento che i magistrati hanno continuato a dare prescrizioni, la Cassazione è tornata sull'argomento con l'ordinanza 5 luglio 2019, n. 18222 con la quale ha confermato il proprio orientamento, aggiungendo che anche il "consiglio integri una forma di condizionamento idonea ad incidere sulla libertà di autodeterminazione" dei soggetti che si pone in contrasto con gli art.13 e 32,2°comma, della Costituzione.

Sotto un diverso profilo non va sottovalutato, aggiungerei, che gli studi in materia evidenziano che, nel campo di cui ci stiamo occupando, è opinione consolidata che l'efficacia di qualsiasi percorso di questa natura è condizionato, per dare risultati positivi, dalla libera scelta dei soggetti interessati di sottoporvisi (e ciò anche nei casi più estremi).

Il Collegio, inoltre, nell'ordinanza in commento, affida ad una sola delle parti, il ricorrente, l'incarico di "scegliere" lo specialista, non solo in aperta violazione del diritto dell'altra parte del processo, ma ovviamente ponendo le basi di una perpetuazione di quella conflittualità tra i genitori che ha dato origine a quel giudizio.

In definitiva si può affermare che essa è emblematica di una certa superficialità e confusione con cui spesso vengono affrontati problemi così delicati ed importanti per la vita dei soggetti, quando si dimentica che nel processo debbono comunque essere tutelati "diritti" degli stessi con il rispetto di regole insostituibili, di intelligenza applicativa e di grande prudenza: il che richiederebbe molta attenzione e molto impegno.

Certo essa è anche rappresentativa della difficoltà di definizione del ruolo e dei poteri del Giudice nei processi familiari che sfugge all'inquadramento delle decisioni nelle categorie tradizionali di accertamento o condanna o di sentenza costitutiva e comporta poteri più ampi che sembrano essere individuabili, se si pensa ad esempio all'art. 709 ter c.p.c. (benché assai disorganico), in un ruolo di sollecitazione ed anche di imposizione alle parti di esercizio di responsabilità nella gestione dei conflitti familiari.

Il che, se non correttamente esercitato, diventa foriero di nuove e più ampie conflittualità tra le parti.

Come l'esperienza purtroppo ci insegna!

Mariacarla Serafini

Tribunale di Pescara – decr. 27 maggio 2019 - est. Roscigno – parti (omissis)

Sentenza di separazione coniugi impositivo obbligo contribuzione pro-quota spese mediche e scolastiche figli – Natura di titolo esecutivo – Mancato adempimento da parte dell'obbligato – Ricorso per decreto ingiuntivo coniuge che ha anticipato le spese – Inammissibilità

Il provvedimento giudiziario con cui in sede di separazione personale si stabilisca quale modo di contribuire al mantenimento dei figli che il genitore presso il quale i figli non sono collocati sia obbligato al pagamento, pro-quota, delle spese mediche e scolastiche costituisce titolo esecutivo che legittima l'esecuzione forzata, sulla base di documentazione idonea a provare tali spese, fermo il diritto del coniuge obbligato a proporre opposizione all'esecuzione, a precetto o pignoramento. (1)

Il coniuge che ha anticipato la quota delle spese mediche e scolastiche a carico dell'altro coniuge non può richiedere l'emanazione di un decreto ingiuntivo, non essendo consentita la duplicazione del titolo esecutivo. (2)

(omissis)

rilevato che le spese anticipate dalla ricorrente per le quali è chiesto il d.i. sono di natura medico-scolastica (pagamento di quote mensili per attività sportive, quote per gite scolastiche, visite mediche, acquisto di lenti a contatto ecc.);

osservato in diritto che la Suprema Corte ha affermato, in un caso del tutto sovrapponibile al caso di specie che "4.1. per principio generale, il creditore che abbia ottenuto una pronuncia di condanna nei confronti del debitore ha esaurito il suo diritto di azione e non può, per difetto di interesse, richiedere *ex novo* un altro titolo (quale il decreto ingiuntivo) contro il medesimo debitore per lo stesso titolo e lo stesso oggetto, benché all'imprescindibile condizione che l'oggetto della condanna sia idoneamente delimitato e quantificato (tra le altre, in ordine agli obblighi idoneamente identificati in un simile provvedimento: Cass. 10 settembre 2004, n. 18248; Cass. 30 giugno 2006, n. 15084), o, a tutto concedere, delimitabile o quantificabile in forza di elementi idoneamente indicati nel titolo stesso ed all'esito di operazioni meramente materiali o aritmetiche (tra le molte: Cass. 8 luglio 1977, n. 3050; Cass. 1 giugno 2005, n. 11677; Cass. 2 aprile 2009, n. 8067; Cass. 30 novembre 2010, n. 24242; Cass. 5 febbraio 2011, n. 2816);

4.2. ed è poi vero che questa stessa Corte ha affermato che il provvedimento giudiziario con cui in sede di separazione personale si stabilisca, ai sensi dell'art. 155 c.c., comma 2, quale modo di contribuire al mantenimento dei figli, che il genitore affidatario paghi, sia pure pro quota, le spese straordinarie (senza altra specificazione) relative ai figli, richiede, nell'ipotesi di non spontanea attuazione da parte dell'obbligato ed al fine di legittimare l'esecuzione forzata, stante il disposto dell'art. 474 c.p.c., comma 1, un ulteriore intervento del giudice, volto ad accertare l'avveramento dell'evento futuro e incerto cui è subordinata l'efficacia della condanna, ossia l'effettiva sopravvenienza degli specifici esborsi contemplati dal titolo e la relativa entità, non suscettibili di essere desunte sulla base degli elementi di fatto contenuti nella prima pronuncia (Cass. 28 gennaio 2008, n.1758);

4.3. e tuttavia evidenti minimali esigenze di effettività della tutela del titolare del particolare credito alimentare di cui si discute impongono, ad avviso del collegio e se non altro con riferimento allo specifico caso in esame, di escludere l'applicazione di tale rigorosa conclusione alle spese mediche e scolastiche ordinarie, in sé sole considerate (quali quelle per cui pacificamente è causa nel caso di specie e con esclusione quindi di spese "straordinarie" intese in senso residuale ed onnicomprensivo) e se opportunamente documentate, perché il titolo esecutivo originario riguarda un credito comunque certo ab origine, oggettivamente determinabile e liquidabile sulla base di criteri oggettivi;

4.4. può infatti dirsi che la contribuzione alle (sole) spese mediche e scolastiche ordinarie non si riferisca a fatti meramente eventuali, né a fatti od eventi qualificabili come straordinari, vale a dire come imprevedibili ed ipotetici: poiché invero ai genitori incombe, quale dovere generalissimo, quello di mantenere, istruire ed educare la prole, ai sensi dell'art. 148 c.c., può al contrario qualificarsi normale, secondo nozioni di comune esperienza, la necessità di esborsi costanti per l'istruzione, atteso che anche quella pubblica li richiede in misura sempre più notevole in rapporto al grado della scuola od istituzione superiore od universitaria frequentata; e rientra nel novero degli eventi classificabili quali statisticamente ordinari o frequenti pure la necessità di esborsi, di cui è variabile effettivamente soltanto la misura e l'entità in rapporto alla perturbazione dello stato di piena salute, per prestazioni mediche, generiche o specialistiche, attesa la normalità del ricorso a queste ultime, anche solo per controlli periodici o di routine;

4.5. la contribuzione del genitore è quindi riferita, per le spese meramente mediche e scolastiche (e non anche per quelle genericamente indicate come straordinarie e comunque diverse ed ulteriori), ad eventi di probabilità tale da potersi definire sostanzialmente certi e ad esborsi da ritenersi indeterminati soltanto nel tempo e nel *quantum*;

4.6. la determinazione del *quantum* di tali spese mediche e scolastiche è poi oggettivamente agevole, una volta conseguita la loro prova con documentazione di spesa rilasciata da strutture pubbliche - attesa la natura della funzione da esse esercitata e la particolare attendibilità da riconoscersi, in via di principio e impregiudicata la possibilità di una loro contestazione, ai documenti da esse rilasciati - o da altri soggetti che siano specificamente indicati nel titolo o concordati preventivamente tra i coniugi;

4.7. certamente, attesa la notorietà dell'evenienza di un'esperata conflittualità tra i coniugi in fase di separazione, il provvedimento di affidamento bene ed opportunamente potrebbe prevedere già dalla sua formazione in modo espresso una tale modalità od altra equipollente, per soddisfare l'esigenza di prevenire quanto più possibile le occasioni future di scontro tra i coniugi in fase di separazione o divorzio e la moltiplicazione - non indispensabile - di disagi e dispendi di energie non solo processuali nelle fasi e nei tempi successivi;

4.8. nondimeno, poiché una tale modalità (determinazione del *quantum* sulla base di documentazione rilasciata da strutture pubbliche od altri soggetti specificamente indicati nel titolo o concordati tra i coniugi) corrisponde - anche in tal caso per nozioni di comune esperienza - a criteri di ordinaria frequenza statistica, la medesima può prendersi a base quale implicito elemento estrinseco al titolo, ma da esso evidentemente presupposto, idoneo a completarne il comando e ad evitare la necessità, il disagio ed il dispendio di nuovi reiterati preventivi ricorsi al giudice della cognizione, se non altro tutte le volte che si tratti di spese mediche o sanitarie o scolastiche ordinarie, come è pacifico trattarsi nel caso di specie;

4.9. beninteso, resta del tutto impregiudicato il diritto del genitore obbligato di contestare la riferibilità dell'esborso alla categoria delle spese alla cui contribuzione egli è assoggettato, vuoi perché si metta in dubbio la sussistenza del fatto costitutivo con la doglianza sulla sussistenza stessa dell'esborso, ovvero sulla qualificazione della spesa come medico-sanitaria o scolastica necessaria (ad es., spese meramente voluttuarie, quali un intervento meramente estetico o un corso non finalizzato ad esigenze di istruzione, ma di mero svago od intrattenimento), vuoi perché si lamenti la violazione delle modalità di decisione sulle attività cui le spese si riferiscono (dovendo comunque quelle di maggiore interesse, ai sensi dell'art. 155 c.c., comma 3, spettare al comune accordo dei genitori, salva diversa disposizione del giudice: Cass. 28 gennaio 2009, n. 2182), o per altra ragione: ma tale diritto può bene estrinsecarsi quale contestazione del diritto del creditore ad agire in via esecutiva e quindi nelle forme dell'opposizione all'esecuzione, a precetto o a pignoramento;

4.10. si rende così meramente eventuale la fase di contestazione giudiziale e la si riserva alle effettive ipotesi di oggettiva controvertibilità, scongiurando l'ineluttabilità di un ricorso preventivo ed obbligatorio al giudice della cognizione per la formazione di altro titolo esecutivo; del resto, dal rischio di abuso da parte del genitore affidatario l'altro è adeguatamente tutelato, sia pure a prezzo di dispiegare l'opposizione, dalla responsabilità aggravata del creditore che abbia agito in via esecutiva senza la normale prudenza, già prevista dall'attuale formulazione dell'art. 96 c.p.c., comma 2, (e salva pure l'applicabilità del terzo comma di tale norma, come introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69);

4.11. in definitiva, ritiene il collegio che, in adeguamento dei principi generali di cui al punto 4.1. alle peculiarità delle esecuzioni in materia di diritto di famiglia, la conclusione rigorosa di Cass., n. 1758 del 2008, della necessità di un indefinito reiterato ed ulteriore ricorso al giudice della cognizione per la formazione di una pluralità di nuovi titoli esecutivi, va allora temperata e mantenuta ferma con riferimento alle sole spese effettivamente straordinarie e diverse da quelle medico-sanitarie e scolastiche, siccome riguardanti eventi il cui accadimento sia oggettivamente incerto: al contrario, il provvedimento con cui in sede di separazione (non importa se consensuale o giudiziale, ovvero se provvisorio o definitivo, oppure se presidenziale o meno) si stabilisca, ai sensi dell'art. 155 c.c., comma 2, quale modo di contribuire al mantenimento dei figli, che il genitore non affidatario paghi, sia pure pro quota, le spese mediche e scolastiche ordinarie relative ai figli, costituisce esso stesso titolo esecutivo e non richiede, nell'ipotesi di non spontanea ottemperanza da parte dell'obbligato ed al fine di legittimare l'esecuzione forzata, un ulteriore intervento del giudice, qualora il genitore creditore possa allegare ed opportunamente documentare l'effettiva sopravvenienza degli specifici esborsi contemplati dal titolo e la relativa entità;

ed impregiudicato beninteso il diritto dell'altro genitore di contestare - *ex post* ed in sede di opposizione all'esecuzione, dopo l'intimazione del precetto o l'inizio dell'espropriazione - la sussistenza del diritto di

credito per la non riconducibilità degli esborsi a spese necessarie o per violazione delle modalità di individuazione dei bisogni del minore [Cass. civ. Sez. III, sent., (ud. 21/04/2011) 23-05-2011, n. 11316]; che il Tribunale di Pescara si è già orientato in conformità alla pronuncia citata (v. dec. 1.8.17, R.G. n. 3388/17, est. Di Fulvio), tale indirizzo è stato abbracciato da tutta la sezione civile (v. verbale abstracts delle discussioni giuridiche della sezione ex art. 47 ord. giud del 28.03.2017) ed è stato diffuso attraverso il Repertorio della Giurisprudenza del Distretto (reperibile all'indirizzo <http://www.fondazioneforumaterni.it/pqmonline/index.php/19-repertorio-tribunale-pescara/55-repertorio>) (omissis)

NOTA (1) (2)

Con decreto di rigetto del 28.5.2019, pubblicato in pari data, il Tribunale di Pescara in composizione monocratica, giudice dott.ssa Grazia Roscigno, ha rigettato il ricorso per decreto ingiuntivo proposto dal genitore collocatario dei figli minori, che aveva effettuato spese straordinarie riferibili ai figli stessi e ne chiedeva il rimborso al genitore coobbligato pro-quota.

Il Tribunale di Pescara, con lunga motivazione di rigetto, ha optato per la non necessità di doversi ricorrere nuovamente al giudice per ottenere un nuovo/altro titolo esecutivo, sostenendo che, nel caso di specie, il provvedimento che disciplina la responsabilità genitoriale in essere tra le parti, trattandosi di esborsi che già documentalmente sono riferibili a spese per necessità fondamentali dei figli quali scuola, sanità e attività sportiva, sia già titolo esecutivo efficace per la tutela del diritto vantato dal genitore creditore.

Il giudice, peraltro, fa riferimento a quanto sul punto già il Tribunale di Pescara aveva affermato con provvedimento dell'1.8.17, estensore presidente di sezione dott. Carmine Di Fulvio, nonché al verbale delle discussioni giuridiche della medesima Sezione Civile del Tribunale di Pescara, ex art. 48 Ordinamento Giudiziario, del 28.3.2017, pubblicato su "pqmonline".

Il tema delle spese straordinarie dei figli ha assunto notevole importanza, non solo nei procedimenti più strettamente familiaristici, ma anche, e ancor di più, nei procedimenti di recupero delle somme sopportate da un unico genitore.

E infatti, se da un lato l'adozione ormai totalizzante di protocolli tra Magistrati e Avvocatura ha avuto un importante effetto deflattivo sul conflitto specifico, tanto che addirittura e banalmente negli accordi e nei provvedimenti si fa esplicito riferimento al protocollo adottato dal singolo tribunale in tema di spese straordinarie, non così, invece, nelle ipotesi di inadempimento da parte del genitore obbligato al rimborso della propria quota in favore del genitore che ha sopportato l'esborso in via principale e deve promuovere azione di regresso.

Negli anni si sono avvicinati due orientamenti contrastanti in ordine al tipo di azione esperibile ed alla natura stessa dell'azione.

La Corte di Cassazione ha sancito che le "spese straordinarie" non possano mai ritenersi comprese in modo forfettario all'interno della somma da corrispondersi con l'assegno periodico e/o come mantenimento diretto, rischiandosi, contrariamente, di recare pregiudizio al minore (Cass. 8 giugno 2012, n. 9372).

È stato infatti affermato che la soluzione di includere le spese straordinarie, in via forfettaria, nell'ammontare dell'assegno posto a carico di uno dei genitori può rivelarsi in netto contrasto con il principio di proporzionalità, e con quello dell'adeguatezza del mantenimento, poiché si introdurrebbe una sorta di alea, nell'individuazione del contributo in favore della prole, incompatibile con la tutela del minore. Come detto, la maggior parte dei provvedimenti prevede un contributo pro-quota a carico di ciascun genitore, solitamente in ragione del 50% dell'ammontare delle spese straordinarie.

Accade spesso, però, che il genitore collocatario affronti delle spese che sono di natura straordinaria, e non rinviabile, ma che l'altro genitore non adempia al rimborso, così, come, d'altro canto, può accadere che il genitore collocatario affronti spese a suo dire di carattere straordinario e poi, chiedendo all'altro genitore il rimborso della parte ad esso spettante, riceva un rifiuto motivato dalla circostanza che non si tratterebbe di "spese straordinarie" ma "ordinarie" e rientranti nell'assegno periodico, ovvero che non siano state previamente concordate.

La norma di cui all'art 147 c.c. impone ai genitori di dover far fronte ad una molteplicità di esigenze dei figli, non riconducibili meramente al solo obbligo alimentare, ma estese all'aspetto abitativo, scolastico, sportivo, sanitario, sociale, all'assistenza morale e materiale, alla opportuna predisposizione, fin quando

l'età dei figli stessi lo richieda, di una stabile organizzazione domestica, idonea a rispondere a tutte le necessità di cura e di educazione. Entrambi i genitori sono tenuti a contribuire ai bisogni dei figli minori, in proporzione alle loro disponibilità economiche e alla loro capacità di lavoro professionale o casalingo ai sensi degli art. 147 c.c. e art. 148 c.c., in diretta applicazione dell'art. 30 Cost.

La Suprema Corte con la sentenza n. 18869/2014 ha inteso chiarire che per spese "straordinarie" devono intendersi quelle che, per la loro rilevanza, la loro imprevedibilità e la loro imponderabilità esulano dall'ordinario regime di vita dei figli:

- *imprevedibilità: impossibilità di determinare la debenza in sede di separazione o divorzio (spese che non rientrano nell'ordinario ménage familiare);*
- *rilevanza: esorbitanza/gravosità con riferimento all'incidenza economica della spesa rispetto alla situazione economica dei genitori/contesto socioeconomico;*
- *imponderabilità: spesa non quantificabile nel suo ammontare a priori (es. trattamento psicoterapico);*
- *saltuarietà: (episodicità o eccezionalità).*

Tuttavia la Cassazione non indica il rapporto tra i criteri della imprevedibilità, imponderabilità, rilevanza e saltuarietà, ovvero se essi debbano essere alternativi o concorrenti.

La Cassazione aveva già ritenuto sufficiente, nell'ipotesi di esborso sostenuto da parte del genitore affidatario, per la sussistenza dell'obbligo di rimborso, l'esistenza del titolo giudiziale e la mancata, tempestiva contestazione da parte del genitore che deve rimborsare la propria quota.

Oggi, invece, l'affido condiviso presuppone un'attiva collaborazione dei genitori nell'elaborazione e nella realizzazione del progetto educativo comune, e si impone, quanto meno per le decisioni più importanti, la verifica che le stesse siano state assunte sulla base di effettive consultazioni tra i genitori, e quindi con il consapevole contributo di ciascuno di essi.

In definitiva non sarebbe sufficiente che le decisioni di maggiore interesse (che comportano spese straordinarie) siano non contestate dall'altro genitore; esse dovrebbero essere necessariamente condivise perché ne possa derivare l'obbligo di pagamento anche a carico del genitore che non ha anticipato la spesa.

Tuttavia si è imposto un nuovo e migliorativo orientamento a tutela della necessità di effettuare la spesa onde superare gli ostacoli che il coobbligato potrebbe opporre ostacolando il diritto stesso del figlio.

Ed infatti, il nuovo orientamento della giurisprudenza fa leva esclusivamente sulla valutazione dell'interesse del figlio, anziché sulla condivisione delle spese:

"Non è configurabile a carico del coniuge affidatario o presso il quale sono normalmente residenti i figli, anche nell'ipotesi di decisioni di maggiore interesse per questi ultimi, un obbligo di informazione e di concertazione preventiva con l'altro genitore, in ordine alla effettuazione e determinazione delle spese straordinarie, che, se non adempiuto, comporta la perdita del diritto al rimborso." (Cass. 30 luglio 2015, n. 16175).

Ed ancora:

"In caso di mancata concertazione preventiva e di rifiuto a provvedere al rimborso della quota, il giudice è tenuto a verificare la rispondenza delle spese all'interesse del minore mediante la valutazione della commisurazione dell'entità della spesa rispetto all'utilità e della sostenibilità della spesa stessa rapportata alle condizioni economiche dei genitori". (Cass. 17 gennaio 2018, n. 1070).

Nonché:

"L'opposizione di un genitore non può paralizzare l'adozione di ogni iniziativa che riguardi un figlio minore, specie se di rilevante interesse, e neppure è necessario ritrovare l'intesa prima che l'iniziativa sia intrapresa, fermo restando che compete al giudice, ove ne sia richiesto, verificare se la scelta adottata corrisponde effettivamente all'interesse del minore. Nel caso in esame la Corte d'Appello, ed il Tribunale minorile prima, hanno valutato opportuno per la minore, che manifesta pure alcune peraltro non gravi difficoltà, evitare il trauma conseguente al possibile spostamento nella scuola pubblica dopo aver frequentato per un anno una scuola privata." (Cass. 15 febbraio 2017, n. 4060).

Resta da chiarire quanto è emerso con il decreto di rigetto a commento, e cioè se siamo in presenza di una tutela esecutiva o dichiarativa.

Sul punto è intervenuta la giurisprudenza di legittimità, mediante la celebre pronuncia n. 11316/2011 che ha introdotto il principio secondo il quale, per le spese straordinarie "prevedibili", la sentenza di separazione (o di divorzio) costituisce titolo esecutivo, con la conseguente possibilità di agire direttamente con atto di precetto, senza bisogno di altro accertamento in sede di cognizione.

In altri termini, la Suprema Corte ha ammesso che – seppure con riguardo ad alcune categorie di spese straordinarie – non trova applicazione la regola in base alla quale nel titolo esecutivo debba essere matematicamente determinata la prestazione economica: il genitore che agisce per il recupero del credito,

pertanto, non ha necessità di ottenere un decreto ingiuntivo contenente la quantificazione delle spese da rimborsare, potendo notificare il precetto sulla base del provvedimento che già disciplina la responsabilità genitoriale, in forma esecutiva, anche se contempla tali spese solo astrattamente. Si tratta, a ben vedere, di una non indifferente mitigazione del requisito della liquidità del credito azionato, sancito dall'art. 474 c.p.c. e che trova la sua giustificazione in una maggiore tutela dei figli e dell'interesse del genitore collocatario ad un recupero del credito più celere e agevole (cfr. Cass. n. 11316/2011).

Nel tempo si sono avvicinati due orientamenti di legittimità.

Un primo orientamento sostiene che, pur essendo l'ordinanza presidenziale ex art. 708 c.p.c. un provvedimento con efficacia esecutiva, la legittimazione all'esecuzione forzata avente ad oggetto l'adempimento delle spese straordinarie richiede un ulteriore titolo esecutivo, e ciò in ragione del fatto che la ripartizione pro quota relativa alle spese straordinarie contenuta nei provvedimenti giudiziali ex art. 337 ter c.c. difetterebbe dei requisiti previsti dall'art. 474 c.p.c. e, quindi, della esigibilità e liquidità:

"Il provvedimento giudiziario con cui in sede di separazione personale si stabilisca, ai sensi dell'art. 155 c.c., comma 2, quale modo di contribuire al mantenimento dei figli, che il genitore non affidatario paghi, sia pure pro quota, le spese straordinarie relative ai figli, richiede, nell'ipotesi di non spontanea attuazione da parte dell'obbligato, al fine di legittimare l'esecuzione forzata, stante il disposto dell'art. 474 c.p.c., comma 1, un ulteriore intervento del giudice, volto ad accertare l'avveramento dell'evento futuro e incerto cui è subordinata l'efficacia della condanna, ossia la effettiva sopravvenienza degli specifici esborsi contemplati dal titolo e la relativa entità, non suscettibili di essere desunte sulla base degli elementi di fatto contenuti nella prima pronuncia." (Cass. 7 febbraio 2014, n. 2815).

Il principio secondo cui è necessario un ulteriore intervento del giudice, per accertare l'effettiva entità degli esborsi cui si riferisce la condanna, non vale, però, in relazione alle spese mediche e scolastiche ordinarie, il cui esborso deve considerarsi normale, secondo nozioni di comune esperienza; in tali ipotesi, il provvedimento costituisce titolo esecutivo e la determinazione del credito è rimessa al creditore procedente, il quale può provvedervi allegando idonea documentazione di spesa rilasciata da strutture pubbliche, ovvero da altri soggetti che siano specificamente indicati nel titolo o concordati preventivamente tra i coniugi.

In conclusione, deve ritenersi, a ben leggere il decreto qui in commento che, invero, secondo questo orientamento, la necessità di un reiterato ed ulteriore ricorso al giudice della cognizione per la formazione di una pluralità di nuovi titoli esecutivi non vada esclusa aprioristicamente, ma mantenuta ferma solo con riferimento alle spese effettivamente straordinarie, siccome riguardanti eventi il cui accadimento sia oggettivamente incerto, diverse da quelle medico-sanitarie e scolastiche.

Più recentemente si è affermato un nuovo orientamento della giurisprudenza che tiene in considerazione più l'interesse del figlio, che la condivisione della spesa.

Così la Corte di Cassazione con sentenza n. 16175/2015, poi confermata dalla sentenza n. 2127/2016, ha stabilito come non sia configurabile a carico del genitore collocatario dei figli, anche nel caso di decisioni di maggiore interesse per questi ultimi, un obbligo di informazione e di concertazione preventiva con l'altro genitore in ordine alla effettuazione e determinazione delle spese straordinarie che, se non adempiuto, comporti la perdita del diritto al rimborso:

"La mancata preventiva concertazione delle spese straordinarie da sostenere nell'interesse dei figli, in caso di rifiuto di provvedere al rimborso della quota di spettanza da parte del genitore che non le ha anticipate, impone la verifica giudiziale della rispondenza delle spese all'interesse del minore, mediante la valutazione, riservata al giudice di merito, della commisurazione dell'entità della spesa rispetto all'utilità per il minore e della sostenibilità della stessa rapportata alle condizioni economiche dei genitori".

Da ultimo, la Cassazione con sentenza n. 4060/2017, richiamando i principi sopra esposti, ribadisce che se è vero che la ratio dell'affido condiviso privilegia il raccordo tra genitori in ordine alle scelte educative che riguardano i figli, nondimeno quando i genitori vivono in un rapporto che non consente loro il raggiungimento di un'intesa, occorre assicurare la tutela del migliore interesse del minore, per cui l'opposizione di un genitore non può paralizzare l'adozione di ogni iniziativa che riguardi un figlio minore, specie se di rilevante interesse e neppure è necessario che tale intesa si trovi prima che l'iniziativa sia intrapresa, fermo restando che compete al giudice, ove ne sia richiesto, verificare se la scelta adottata corrisponde effettivamente all'interesse del minore.

In tema di spese straordinarie è intervenuto anche il CNF elaborando nel 2017 "Linee guida per la regolamentazione delle modalità di mantenimento dei figli nelle cause di diritto familiare".

In particolare si è stabilito che le spese straordinarie per le quali non è necessario il preventivo accordo tra genitori sono quelle relative a: libri scolastici, visite sanitarie urgenti, acquisto di farmaci prescritti ad eccezione di quelli da banco, interventi chirurgici indifferibili (sia presso strutture pubbliche che private),

cure ortodontiche, cure oculistiche e cure sanitarie effettuate presso il SSN in difetto di accordo sulla terapia con specialista privato, protesiche, bollo e assicurazione per il mezzo di trasporto acquistato con l'accordo di entrambi i genitori.

Necessitano invece del preventivo accordo di entrambi i genitori le seguenti tipologie di spese:

- *spese scolastiche (iscrizioni e rette di scuole private; iscrizioni, rette ed eventuali spese alloggiative per fuori sede di università pubbliche e private; ripetizioni; frequenza del conservatorio o di scuole formative; master e specializzazioni post universitari; spese per la preparazione agli esami di abilitazione o alla preparazione di concorsi; viaggi di istruzione organizzati dalla scuola, preseuola, doposcuola; servizio baby sitting laddove l'esigenza nasca con la separazione e debba coprire l'orario di lavoro del genitore che lo utilizza; viaggi studio e d'istruzione, soggiorni all'estero per motivo di studio; corsi per l'apprendimento delle lingue straniere);*
- *spese di natura ludica o parascolastica (corsi di attività artistiche o di informatica; centri estivi, viaggi di istruzione e vacanze trascorse autonomamente senza i genitori; spese di acquisto e manutenzione straordinaria di mezzi di trasporto; conseguimento della patente presso autoscuole private) e spese sportive (attrezzature e quanto necessario per lo svolgimento dell'eventuale attività agonistica).*
- *spese per l'organizzazione di ricevimenti, celebrazioni e festeggiamenti dedicati ai figli;*
- *spese medico sanitarie quali: spese per interventi chirurgici, spese odontoiatriche, oculistiche e sanitarie non effettuate tramite SSN, spese mediche e di degenza per interventi presso strutture pubbliche o private convenzionate, esami diagnostici, analisi cliniche, visite specialistiche, cicli di psicoterapia e logopedia.*

Tali linee guida hanno chiarito che, il genitore che ha ricevuto dall'altro una formale richiesta scritta relativa a una spesa straordinaria da concordare, è tenuto a manifestare un motivato dissenso per iscritto entro venti giorni dalla data di ricevimento della richiesta, altrimenti il suo silenzio sarà interpretato come consenso alla spesa.

Non vi è dubbio che nel silenzio della normativa, considerando le criticità pratiche che derivano dalle sfumature, potenzialmente infinite, delle categorie di spese straordinarie, e al fine di scongiurare il frequente insorgere di controversie, sarebbe opportuno -e quanto mai utile- non già semplicemente richiamare negli accordi di separazione, di divorzio o di regolamentazione della genitorialità per le coppie di fatto, ovvero nei provvedimenti giurisdizionali il protocollo adottato dal tribunale del luogo in cui è pendente la controversia, anche rilevato che il protocollo non è norma, ma buona prassi, e non crea alcun obbligo neppure se indicato in un atto giurisdizionale, ed invero, doveroso, riservare ampia trattazione alla disciplina delle spese straordinarie, con precisa e puntale elencazione delle spese che esulano dalla contribuzione ordinaria al mantenimento dei figli, secondo le esigenze dei figli nel caso specifico che non è detto siano uguali per tutti i figli.

Quanto più un accordo sarà dettagliato e minuzioso, tanto meno si presterà a interpretazioni parziali e foriere di liti e incomprensioni.

La soluzione adottata dal Tribunale di Pescara appare, quindi, da una parte logica e condivisibile, in quanto le spese straordinarie sopra richiamate sono costi che i coniugi si trovano a sostenere abitualmente nell'interesse dei loro figli, il cui ammontare - che spesso rimane invariato negli anni - è ormai noto e, pertanto, si ritiene soddisfatto il requisito della liquidità del credito azionato, ai sensi dell'art. 474 c.p.c.

Su questo tema il Tribunale di Bolzano si è di recente pronunciato con l'ordinanza 11/05/2018 sostenendo:

"(...) Il punto non è quindi se queste spese siano dovute o meno, ma se si può agire in executivis in base a scontrini, fatture e simili, in combinazione con la sentenza di separazione e divorzio. (...) "La sentenza priva dei requisiti ex art 474 c.p.c. non è nemmeno idonea a stabilire un sistema atto a modificare i principi di legge in materia esecutiva e quindi non può in astratto ed anticipatamente dispensare l'avente diritto dal procurarsi un titolo esecutivo che abbia i requisiti di legge".

Pur tuttavia, nel rigettare un ricorso per decreto ingiuntivo, il giudice dovrà attentamente valutare se effettivamente le spese indicate in ricorso sono quelle che rispettano, o potrebbero rispettare, i criteri di cui all'art. 474 c.p.c.

Pare di poter concludere nel senso che il decreto di rigetto del Tribunale di Pescara pone una demarcazione, in linea con la giurisprudenza prevalente, nel senso che, ogni volta occorrerà distinguere tra spese mediche e scolastiche, per il recupero delle quali si potrà procedere utilizzando come titolo esecutivo la sentenza/omologa di separazione, la sentenza di divorzio o il decreto che disciplina la responsabilità genitoriale (purché naturalmente adeguatamente documentate e pur conservando la possibilità per esse di essere contestate nel quantum), e le altre spese straordinarie diverse da queste, per il recupero delle quali, se non espressamente e preventivamente contemplate nel provvedimento, si rende necessario altro e nuovo titolo esecutivo.

Federica Di Benedetto

Tribunale di Pescara – ord. 27 settembre 2018 – est. Roscigno – G.E. c. V. P. e altri

Arbitrato irrituale - Nomina di un curatore speciale ex artt. 78, comma 2 e 80 c.p.c. – Reclamo al collegio - Inammissibile

Non è reclamabile innanzi al collegio, né impugnabile innanzi alla Corte di Appello né ricorribile ex art. 111 Cost. in Cassazione il decreto con cui il Presidente del Tribunale adito con ricorso per la nomina di un curatore speciale ai sensi degli artt. 78, comma 2 e 80 c.p.c. quando un arbitrato irrituale è già pendente.
(1)

(omissis)

Premesso:

che il ricorrente ha proposto reclamo, al quale ha aderito la terza intervenuta, al decreto del 12.06.2018 emesso nel procedimento R.G.V. n. .../18, chiedendone la revoca con il quale il Presidente del Tribunale, su ricorso delle odierne resistenti ha nominato ai sensi dell'art. 78, co. 2, e 80 c.p.c. curatore speciale nella persona dell'avv. *(omissis)*, alla *(omissis)* s.r.l., allo scopo di rappresentare detta società nell'ambito del procedimento di arbitrato irrituale già pendente, promosso dalla *(omissis)* quali socie di minoranza della citata società ai sensi dell'art. 2393 bis cod. civ., nei confronti degli amministratori e dei sindaci della medesima per l'accertamento della responsabilità di questi;

la parte reclamata ha eccepito l'incompetenza del giudice adito in favore del Tribunale di L'Aquila – sezione specializzate delle Imprese, rientrando la controversia nelle materie per le quali è prevista la competenza funzionale dell'indicato ufficio giudiziario, o, comunque, in favore del collegio arbitrale;

le resistenti, odierne reclamanti, hanno in via preliminare eccepito l'inammissibilità del reclamo e chiesto la conferma del provvedimento reclamato;

Osserva

che il provvedimento che pronuncia sulla nomina del curatore speciale ai sensi dell'art. 80 c.p.c. ha natura di atto di volontaria giurisdizione; esso assume la forma del decreto avente contenuto non decisorio né definitivo, atteso che la sua legittimità deve essere verificata nel giudizio al quale esso è preordinato [v. in motivazione Cass. n. 13099/2010];

che è principio consolidato per cui detto decreto non è impugnabile in Cassazione ai sensi dell'art. 111 cost. (v. Cass. n. 6943/1983 e Cass. n. 22566/2015);

che la irrecclamabilità del provvedimento in questione, essendo emesso dal Presidente del Tribunale, si ricava dalla disciplina posta dagli artt. 739 e 742 bis c.p.c., in particolare con riferimento alla prima disposizione citata:

a) va esclusa la equiparabilità di tale tipologia di decreto – funzionalmente presidenziale – a quelli emessi dal giudice tutelare, vista la natura sussidiaria del procedimento ex art. 78 e ss. c.p.c., nel senso che la sua applicabilità è subordinata alla assenza, nel settore interessato, di una norma diretta alla eliminazione di un conflitto (ad es. artt. 274, 320, 360 cod. civ.; v. Cass. 4491/1982 e Cass. 5591/1981), per cui se ne deve desumere la sua peculiarità;

b) deve scartarsi anche l'ipotesi della reclamabilità del decreto in parola dinanzi alla Corte di Appello, giacché tale mezzo di gravame è previsto esclusivamente per i decreti pronunciati dal Tribunale in camera di consiglio, che ai sensi dell'art. 738 c.p.c., sono emessi dal collegio (v. Trib. Milano decr. 6.7.2001 e, in motivazione, Cass. civ., n. 7362/2015);

che, in tesi, anche volendo accedere a un'interpretazione estensiva dell'art. 739 c.p.c. con riguardo alla categoria dei provvedimenti camerati, includendovi anche quelli adottati dal giudice monocratico ma funzionalmente presidenziali, l'ufficio giudiziario competente del reclamo sarebbe dovuto essere comunque la Corte d'Appello e non lo stesso Tribunale in composizione collegiale;

che, a conferma di quanto detto, deve rilevarsi come in molti casi in cui il legislatore ha voluto riconoscere la reclamabilità dei provvedimenti emessi dal Presidente del Tribunale, lo ha fatto espressamente devolvendo la relativa competenza al giudice superiore, ossia alla Corte di Appello (senza alcuna pretesa di esautività: v. art. 708 co. 3 c.p.c.; art. 750, co. 3, art. 17 L.108/1996);

che la questione in ordine all'ammissibilità dell'intervento di un terzo nell'ambito dei procedimenti camerati è assorbita dalla inammissibilità del reclamo;

che, con riguardo alle spese processuali, si dà atto dell'esistenza di pronunce contrastanti in giurisprudenza di merito (v. Corte di Appello di Genova ord. 30 agosto/6 settembre 2016), mancando precedenti specifici nella

giurisprudenza di legittimità (che ha solo lambito il tema *obiter dictum*) e della, se non assoluta novità della questione trattata, sicuramente, della esigua elaborazione sia dottrinale sia giurisprudenziale in punto; (*omissis*)

NOTA (1)

Il fatto

Dalla stringata premessa è possibile comprendere che, in sede di arbitrato irrituale, era emersa l'esigenza della nomina di un curatore speciale che rappresentasse la società, atteso che le socie di minoranza avevano agito contro amministratori e sindaci per vedere accertate le loro responsabilità da cui la possibilità dell'esistenza di un conflitto di interessi tra amministratori e sindaci da un lato e società dall'altra.

Due le questioni giuridiche, strettamente processuali, che emergono dal provvedimento: la prima, quella decisa, se sia o meno possibile sottoporre a reclamo innanzi al Collegio il decreto con cui il Presidente del Tribunale nomina un curatore speciale ai sensi degli artt. 78, co. 2 e 80 c.p.c. e l'altra quella sottesa, e forse di maggior interesse, capire a chi spetti la nomina di un curatore speciale nel caso in cui emerga in sede di arbitrato, rituale o irrituale, un conflitto di interessi tra una parte e il suo rappresentante.

Sulla prima questione, l'art. 78, co. 2, prevede che laddove vi sia un conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato in un giudizio da intraprendere vada nominato un curatore speciale. L'art. 80 c.p.c. detta le modalità di questa nomina e prevede che l'istanza si propone al giudice di pace ovvero al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale s'intende proporre la causa: questi, assunte le opportune informazioni e sentite, possibilmente, le persone interessate, provvede con decreto.

Qualora l'esigenza di nominare un curatore speciale si manifesti nel corso di un giudizio già pendente la relativa istanza va presentata al giudice del merito. In questo senso si è espressa la Corte di legittimità nel 2015 con sentenza n. 7362 quando ha chiarito il principio e ha evidenziato che l'omessa previsione non è frutto di una dimenticanza del legislatore ma dipende dalla collocazione sistematica della norma contenuta nel capo I del titolo terzo dedicato alle parti e ai difensori del libro I relativo alle disposizioni generali e "pertanto si preoccupa chiaramente di disciplinare lo 'stare in giudizio' della parte con evidente attenzione all'introduzione della lite". La sentenza ha inoltre cura di precisare che l'istanza va "ovviamente" avanzata al giudice che già si occupa del merito dato che davanti ad esso è già incardinata la controversia in relazione alla quale si manifesti una delle due situazioni previste dall'art. 78 c.p.c. né è necessaria una apposita iscrizione nel registro di volontaria giurisdizione: "se il legislatore si è preoccupato di assicurare la capacità processuale provvisoria in funzione dell'introduzione del processo e, quindi, del momento iniziale dell'esercizio dell'azione, non è possibile ritenere che abbia inteso escludere che analoga esigenza debba trovare soddisfazione in pendenza di giudizio".

Non è previsto espressamente alcun mezzo di impugnazione avverso il provvedimento che prima della istaurazione del giudizio ovvero pendente questo nomini il curatore speciale: trattasi di provvedimento di volontaria giurisdizione che assume la forma del decreto ma che non ha i caratteri né della decisorietà né della definitività atteso che la sua legittimità va verificata nel giudizio al quale è preordinato. Ciò significa che non è reclamabile né innanzi al Collegio ma nemmeno innanzi alla Corte di Appello ovvero ex art. 111 Cost. innanzi alla Corte di legittimità, qualora venga preso ante iudicium dal Presidente ovvero sembra doversi aggiungere dal Giudice di Pace, e tanto meno verrebbe da aggiungere può essere impugnato se è il giudice del merito che provvede, traducendosi al più gli eventuali vizi in motivi di impugnazione della sentenza.

Per tali motivi il Collegio, sostenendo del resto che anche a voler accedere ad una interpretazione estensiva dell'art. 739 c.p.c. il giudice competente a decidere sul reclamo non sarebbe stato il Tribunale in composizione collegiale ma al più la Corte di Appello ha deciso per l'inammissibilità.

L'altra questione sottesa alla decisione è sicuramente più interessante perché involve altre questioni non strettamente processuali e di più ampio respiro. In particolare si pone il problema se la norma si applichi anche all'arbitrato, e segnatamente all'arbitrato irrituale, e che cosa avviene se la necessità di nominare un curatore speciale sorga innanzi agli arbitri e specificatamente innanzi agli arbitri irrituali (come sembra nel caso da cui ha avuto origine il provvedimento sopra riportato).

Non è certamente questa la sede per ricostruire i rapporti tra arbitrato rituale e irrituale ma si possono certamente sintetizzare i termini degli approdi della dottrina e della giurisprudenza soprattutto alla luce

della riforma del 2006, l'ultima che ha riguardato l'arbitrato, e l'introduzione dell'art.808ter c.p.c. rubricato appunto arbitrato irrituale.

La dottrina maggioritaria ritiene che lo statuto della irritualità si incentri su un diverso regime del lodo irrituale segnatamente contrattuale, la non assoggettabilità di tale dictum alle impugnazioni processuali di cui all'art. 827 c.p.c. e ss. e nella sua inidoneità ad essere finalizzato ad effetti esecutivi: pertanto tutte le altre norme relative all'arbitrato rituale in mancanza di diversa previsione delle parti possono applicarsi. Non può tacersi che la giurisprudenza, soprattutto di legittimità, vada di diverso avviso e che tendenzialmente sancisce l'inapplicabilità delle norme sull'arbitrato rituale, salvo il caso della nomina e della sostituzione degli arbitri ad opera del Presidente del Tribunale del circondario ove l'arbitrato ha la sede.

Venendo al tema specifico, pare potersi quindi esaminare la questione in maniera congiunta e pertanto se sia o meno applicabile al giudizio arbitrale, sia esso rituale o irrituale, il procedimento di cui agli artt. 78, comma 2 e 80 c.p.c. quando il giudizio deve ancora essere iniziato e se, nel caso in cui esso sia pendente, debba farsi applicazione del ragionamento della sentenza della Cassazione del 2015 sopra richiamata.

Sulla questione la produzione giurisprudenziale appare davvero scarsa e non può che partirsi da una pronuncia del Tribunale di Bologna del 16.2.2017 la quale, richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n. 7362 del 2015, ha dichiarato inammissibile l'istanza per la nomina di curatore speciale pendente l'arbitrato, atteso che ogni valutazione spetta al giudice del merito, vale a dire l'arbitro. Purtroppo a causa della dichiarazione della inammissibilità, il Tribunale ha ritenuto assorbita la questione relativa all'applicabilità dell'art. 78 c.p.c. ante istaurazione del procedimento arbitrale ma, dalla lettura della decisione, trapela più di un dubbio sulla possibile applicazione della norma. Si legge infatti di "perplexità circa la dubbia applicabilità degli artt. 78ss. all'ambito dei procedimenti arbitrati che – per l'autonomia del loro regime tipico – non sono sottoposti alla disciplina del codice di rito": a voler seguire questo ragionamento si dovrebbe ritenere che non essendovi alcun rinvio, nelle norme che disciplinano l'arbitrato di cui agli artt. 806ss. c.p.c. alle regole processuali del codice di rito laddove, l'esigenza della nomina di un curatore speciale sorga prima dell'istaurazione del giudizio arbitrale bisognerà attendere la costituzione del collegio ovvero l'insediamento dell'arbitro unico per sottoporre la questione.

La questione non è stata trattata nella decisione oggi annotata ma sembra potersi ricostruire che il Presidente del Tribunale, adito per la nomina del curatore speciale pendente l'arbitrato irrituale, lo abbia nominato con ciò ritenendo non solo che non vi fosse una competenza sul punto dell'arbitro ma che non fosse nemmeno applicabile il ragionamento della più volte richiamata sentenza del 2015 e che, pertanto, andasse seguito il procedimento di cui agli artt. 78, comma 2 e 80 c.p.c.

Per giungere a questa conclusione sembra doversi ritenere che, laddove l'esigenza di nominare un curatore speciale sorga prima che la domanda di arbitrato sia stata notificata, momento che segna la pendenza del giudizio arbitrale ricavabile dall'interpretazione degli artt. 669octies, comma 5 e art. 810 c.p.c., il ricorso al procedimento di volontaria giurisdizione delineato dagli artt.78, comma 2, e 80 c.p.c. sia ammissibile sempre nell'ottica del rispetto del principio del contraddittorio e della regolare costituzione delle parti. Di tutta evidenza che qualche problema si può porre poiché l'art. 80 rinvia alla competenza del Giudice di Pace: del resto non sembra troppo ardita una lettura delle norme che inibisca al giudice di pace la possibilità di nominare un curatore speciale atteso che in tema di arbitrato i provvedimenti di volontaria giurisdizione sopra richiamati sono sempre rimessi alla nomina del Presidente del Tribunale con esclusione di qualsiasi richiamo al Giudice di Pace.

Una volta che in giudizio arbitrale rituale è stato istaurato, non sembra tuttavia possa essere ammissibile la nomina da parte del Presidente del Tribunale atteso che la stessa è stata esclusa dalla corte di legittimità anche in caso di giurisdizione e quindi a maggior ragione non può ammettersi né per l'arbitrato rituale né tanto meno per quello irrituale, che comunque è caratterizzato da minori formalismi in un'ottica compositiva e risolutiva della lite.

Dora Di Loreto

Tribunale di Pescara – ord. 10 aprile 2019 – est. rel. dott. Ria

Lavoro subordinato – Riposi e ferie – Mancata fruizione – Forzata collocazione in ferie del lavoratore per periodo prolungato – Limiti – Diritto del lavoratore a rendere la propria prestazione ex art. 2103 c.c. – Danno alla professionalità – Sussistenza

Il datore di lavoro, pur decidendo unilateralmente il periodo feriale, deve uniformarsi al disposto di cui all'art. 2109 c.c. e, quindi, deve contemperare sia le esigenze organizzative aziendali sia gli "interessi" del lavoratore. Tra questi vanno ricomprese certamente le finalità sottese alla fruizione del periodo di ferie, vale a dire l'assicurare un idoneo recupero psico-fisico, ma vanno altresì considerate le prerogative attribuite al dipendente dal disposto di cui all'art. 2103 c.c., nella parte in cui garantisce al lavoratore il diritto di svolgere le proprie mansioni e il diritto a non esser lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazione di compiti, ancorché retribuito, con conseguente rischio di compromissione della professionalità acquisita. (1)

Con ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. del 29.1.2019, depositato telematicamente in pari data, nel contesto del pendente procedimento di merito iscritto al n. R.G. .../2018 Lavoro del Tribunale di Pescara, l'esponente – reclamante (*omissis*) ha chiesto la sospensione dell'efficacia del provvedimento della (*omissis*) del 19.11.2018 con il quale lo stesso esponente è stato posto in ferie a tutto il 30.4.2019, provvedimento del seguente letterale tenore "...Cogliamo l'occasione per ricordarle che risultano ancora da usufruire 206,20 giorni di ferie residue del 2015, risalenti al rapporto di lavoro avuto con la precedente gestione, e riconosciuto dall'atto di conciliazione n. 29/2016 firmato in data 3.3.2016. Pertanto, a far data dal 26.11.2018 fino al 30.4.2019 godrà di queste ferie residue, le quali risultano essere soltanto una parte delle stesse...".

L'esponente, odierno reclamante, ha depositato l'anzidetto ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. sulla scorta di tre distinti profili di contestazione:

- 1) diritto alla monetizzazione patologica di tali indicati giorni di ferie, pur in costanza e prosecuzione del rapporto di lavoro, atteso che la loro fruizione sarebbe intervenuta ben oltre il termine di 18 mesi successivo alla loro maturazione (dovendosi riferire addirittura anche all'inizio della prestazione lavorativa, quindi a far data dall'1.4.1995) e quindi non potendo più assolvere allo scopo precipuo riconosciuto all'istituto delle ferie (ovvero al ripristino delle energie psico-fisiche logorate nell'esercizio dell'attività lavorativa) dovendo, piuttosto, assolvere, il diritto alla monetizzazione patologica, ad un'ampia tutela risarcitoria per equivalente con indennizzo sostitutivo per le ferie non godute;
- 2) l'illegittima imposta determinazione di tale continuativo periodo di ferie (lesiva anche della professionalità del lavoratore e potenzialmente foriera della sua estromissione dal contesto lavorativo) senza la benché minima concertazione tra datore di lavoro e prestatore di lavoro come prevista dalla normativa contrattualcollettiva di settore;
- 3) la necessità, rimessa alle determinazioni del già pendente giudizio di merito, di operare una corretta determinazione e imputazione tra le ferie e le indennità di riduzione orario di lavoro (R.O.L.), istituito anch'esso previsto dalla normativa contrattualcollettiva.

Introdotta in tal modo il giudizio cautelare d'urgenza, registrata la costituzione delle resistenti, all'esito dell'udienza del 21.2.2019, il GUL Dott. Massimo De Cesare con ordinanza del 21.2.2019, comunicata in data 22.2.2019, ha rigettato l'istanza cautelare, ritenendo l'insussistenza dei requisiti del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*.

Nello specifico in punto di *fumus boni juris* il giudice di prime cure ha così esposto:

- a) avendo il ricorrente dedotto nel giudizio di merito di non aver goduto ferie per complessivi 320 giorni a tutto il 31.10.2015, attesa la prospettazione datoriale di esservi come maturati e non goduti, sempre alla data del 31.10.2015, 206,20 giorni di ferie e ulteriori 36,87 giorni per il periodo novembre 2015/dicembre 2018 (dati provenienti sia dalle affermazioni della datrice di lavoro, quanto rinvenibili dalle buste paga), l'intervenuta messa in ferie a tutto il 30.4.2019, per un periodo quindi inferiore ai 320 giorni di ferie maturati e non goduti alla data del 31.10.2015 come asseritamente dedotto renderebbe infondata la preoccupazione, dedotta dal [*omissis*] nel ricorso cautelare d'urgenza, dell'esservi pericolo di confusione e sovrapposizione dell'istituto delle ferie con quello dei riposi da riduzione di orario di lavoro (R.O.L.), ossia che le ferie disposte a tutto il 30.4.2019 in sostanza non sarebbero ferie bensì riposi per i quali, il mancato godimento al tempo della maturazione (o nei 6 mesi successivi), determinerebbe il diritto alla loro monetizzazione non essendovi per i riposi da R.O.L. il crisma della irrinunciabilità così come per le ferie.

b) Dovendosi così qualificare (ovvero come ferie) i giorni di disposta assenza al lavoro a tutto il 30.4.2019 non sarebbe fondata la richiesta del (*omissis*) di monetizzazione stante l'assolutezza del principio della irrinunciabilità alle ferie e quindi l'inammissibilità, in costanza di rapporto di lavoro, alla loro monetizzazione e questo anche ben oltre, come nel caso di specie, di fruizione in tempo ben successivo ai 18 mesi dalla loro maturazione.

Propone reclamo avverso il suddetto provvedimento il ricorrente, formulando, tra l'altro, i seguenti rilievi:

Non è assolutamente vero che il (*omissis*), tanto nel presupposto giudizio merito, quanto nel depositato ricorso d'urgenza, abbia riferito e dedotto di aver maturato e non goduto, alla data del 31.10.2015 (ovvero alla data in cui è cessata l'attività lavorativa alle dipendenze della (*omissis*) S.r.l.), di ben 320 giorni di ferie. Si costituisce la reclamata concludendo per il rigetto del reclamo.

Il reclamo è solo parzialmente fondato.

Secondo la più persuasiva giurisprudenza di merito l'irreparabilità del pregiudizio – sottesa alla concessione della cautela ex art. 700 c.p.c. – può concretamente configurarsi laddove sia in discussione la lesione di posizioni aventi carattere assoluto e dotate di rilievo e protezione a livello primario o costituzionale, principalmente attinenti alla sfera personale, la cui tutela richieda l'immediatezza dell'intervento e per i quali la *restitutio in integrum* risulta complessa o inattuabile e pressante è, invece, l'esigenza di soluzioni di tutela preventiva ed a contenuto inibitorio; il pregiudizio irreparabile, invece, non sussiste laddove siano in discussione aspetti di carattere prettamente economico, rispetto ai quali la necessità dell'intervento immediato non può ravvisarsi con esclusivo riferimento a tali profili, dovendo ulteriormente allegare e dimostrare l'entità del pregiudizio e le ragioni che ne fanno paventare l'effettiva irreparabilità (Trib. Modena, sez. I, 9 luglio 2003; Trib. Nola, sez. II, 9 ottobre 2018; Trib. Udine 7 aprile 2015 e ordinanza resa in data 24 agosto 2014, il Tribunale di Novara).

La tutela atipica può essere quindi invocata anche per i diritti a contenuto patrimoniale, a funzione non meramente patrimoniale, in quanto volti a garantire al titolare il soddisfacimento dei bisogni primari di rilevanza costituzionale ovvero per diritti a contenuto e funzione esclusivamente patrimoniale e, quindi, per diritti di credito e per rapporti meramente obbligatori.

Tuttavia in tale ultima ipotesi, al fine di non snaturare i caratteri propri del rimedio cautelare d'urgenza, il requisito del *periculum in mora* va apprezzato con particolare rigore, avendo riguardo alla qualità ed alla posizione del titolare del diritto minacciato ed alla natura e portata dei beni e degli interessi strumentalmente connessi con quello azionato con ricorso d'urgenza.

Infatti, allorché il pregiudizio paventato con il ricorso ex art. 700 c.p.c. concerna i diritti di credito, si ritiene possa sussistere la irreparabilità solo se vi sia un notevole scarto tra il beneficio fruibile mediante l'immediato soddisfacimento ed i risultati conseguibili attraverso i rimedi ordinari, in ragione della peculiare situazione, anche economica, della parte, dell'entità del credito o dell'attività svolta dall'istante.

Sotto tale profilo, alcuno scrutinio meritano allora in questa sede cautelare le allegazioni attoree, disattese o ritenute infondate dal giudice di prime cure (e del merito), attinenti il preteso diritto alla monetizzazione patologica delle ferie non godute anche in costanza e persistenza del rapporto lavorativo e l'asserita compromissione dei propri interessi derivanti dalla fruizione di giorni oggi catalogati come ferie che un domani si potrebbe configurare come fruizione di riposi da R.O.L., con conseguente perdita della relativa indennità sostitutiva.

Vertendosi infatti in ipotesi di diritti meramente patrimoniali, non volti a soddisfare interessi primari del lavoratore, per la tutela degli stessi non appare necessario disporre alcun provvedimento anticipatorio.

Altra questione, a giudizio del Collegio, si pone invece con riguardo al lamentato profilo della lesione irreparabile alla professionalità che in capo al lavoratore potrebbe verificarsi per l'effetto della completa esecuzione del provvedimento qui impugnato.

Sul presupposto infatti di aver maturato pregresse ferie per un totale di gg. 206,20 (e ancora in reclamo non risulta che il lavoratore offra un diverso conteggio del periodo di ferie pregresse comunque maturato, essendosi ivi limitato a contestare l'affermazione del giudice di prime cure che gli aveva attribuito il riconoscimento di un periodo addirittura maggiore), con provvedimento datoriale del 19.11.2018, l'odierno reclamante (comunque in malattia sino al gennaio 2019) è stato posto in ferie a tutto il 30.4.2019 e dunque per un periodo ampiamente maggiore di tre mesi continuativi.

Il diritto ad un periodo annuale di ferie retribuite costituisce un principio costituzionale, sancito dall'art. 36, comma terzo, Cost., che ne prescrive l'irrinunciabilità: "*Il lavoratore ha diritto ... a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi*".

Il codice civile, all'art. 2109 così prescrive: "*Il prestatore di lavoro ha ... anche diritto ... ad un periodo annuale di ferie retribuite, possibilmente continuative, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto*

delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro. La durata di tale periodo è stabilita dalla legge, dagli usi o secondo equità".

La norma contempla quindi i seguenti principi:

le modalità di fruizione delle ferie sono stabilite dall'imprenditore, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro;

la durata delle ferie è stabilita dai contratti collettivi;

l'imprenditore deve preventivamente comunicare al prestatore di lavoro il periodo stabilito per il godimento delle ferie;

il periodo di preavviso non può essere computato nelle ferie.

La disciplina dell'orario di lavoro è oggi contenuta nell'art. 10 del d.lgs. n. 66/2003 (come modificato dal d.lgs. n. 213/2004), successivamente al quale è stata emanata la circolare del Ministero del Lavoro n. 8 del 3 marzo 2005. Il decreto rappresenta l'attuazione alle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE, i cui principi sono stati poi trasposti nella direttiva n. 2003/88/CE. L'articolo 10 così prescrive: *"Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2109 del Codice civile, il prestatore di lavoro ha diritto a un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. Tale periodo, salvo quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla specifica disciplina riferita alle categorie di cui all'articolo 2, comma 2, va goduto per almeno due settimane, consecutive in caso di richiesta del lavoratore, nel corso dell'anno di maturazione e, per le restanti due settimane, nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione (comma 1). Il predetto periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro (comma 2)"*.

Solo la mancata fruizione delle ferie annuali, nel limite del periodo minimo legale, pari a quattro settimane, non può essere sostituita dalla relativa indennità (l'indennità sostitutiva delle ferie), se non al momento della cessazione del rapporto di lavoro.

I contratti collettivi possono prevedere periodi di ferie ulteriori a quello legale. Questi periodi possono essere fruiti in base a quanto esplicitato dal contratto collettivo e, quindi, in astratto, anche successivamente al 18° mese dalla maturazione e l'indennità sostitutiva può essere riconosciuta in caso di mancata fruizione del periodo di ferie c.d. contrattuale, aggiuntivo della previsione legale.

Solo il mancato riconoscimento del periodo di ferie, nei limiti della previsione legale, comporta l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, in capo al datore di lavoro.

"Il lavoratore che abbia accumulato ferie maturate in anni precedenti non decade mai dal relativo diritto, salvo che il datore di lavoro non provi un rifiuto del dipendente a goderne" (Corte d'Appello Milano, in Riv. crit. dir. lav., 2002, 115).

"Allorché il lavoratore non goda delle ferie nel periodo stabilito dal turno aziendale e non chieda di goderne in altro periodo dell'anno non può desumersi alcuna rinuncia che, comunque, sarebbe nulla per contrasto con norme imperative" (art. 36 Cost. e art. 2109 c.c.) (Cass. 12-06-2001, n. 7951).

"Ove in concreto le ferie non siano effettivamente fruiti, anche senza responsabilità del datore di lavoro, spetta al lavoratore una indennità sostitutiva del mancato periodo feriale. Una tale indennità presenta, per un verso, carattere risarcitorio nel senso che è idonea a compensare il danno costituito dalla perdita di un bene al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è destinato: il riposo, con recupero, delle energie psicofisiche, la possibilità di meglio dedicarsi a relazioni familiari e sociali, l'opportunità di svolgere attività ricreative, e simili" (tra le molte, Cass. civ., sez. lav., 19-05-2003, n. 7836; Cass. 2 agosto 2000 n. 10173, 5 maggio n. 5624; 13 marzo 1997 n. 2231).

Questo principio, formatosi antecedentemente alla novella del 2003, deve essere attualizzato ed interpretato in linea con l'attuale normativa, la quale prescrive che l'indennità sostitutiva delle ferie debba essere riconosciuta solamente alla cessazione del rapporto di lavoro, ma, come visto, solo per il periodo di ferie legali.

Solo quindi l'irragionevole rifiuto del lavoratore di accettare ogni soluzione offerta dal datore di lavoro – in grado di contemperare il suo diritto al non lavoro retribuito con le esigenze di funzionalità aziendale – costituisce l'elemento estintivo dello stesso diritto alle ferie e delle conseguenziali pretese risarcitorie in senso specifico o per equivalente" (così, anche, Cass., 19.10.2000, n. 13860; Cass. 3.8.2001, n. 10759; Cass., 21.5.2002, n. 7451), così come evidenziato anche dalla difesa della reclamata.

In una simile ipotesi quindi la rinuncia alle ferie maturate può verificarsi solo dopo che il datore di lavoro abbia posto in essere tutti gli utili strumenti affinché il lavoratore possa fruire del proprio diritto.

In tale prospettiva allora, legittimamente parte reclamata ha proceduto a porre in ferie l'odierno reclamante, proprio al fine evidentemente di evitare il rischio della monetizzazione (alla cessazione del rapporto o subito) delle ferie non godute e di evitare ulteriori responsabilità risarcitorie.

Una tipica forma attraverso la quale può ottenersi la fruizione delle ferie è infatti quella delle c.d. ferie forzate, con le quali il datore di lavoro impone ai propri dipendenti la fruizione delle ferie maturate.

Se allora da un lato può essere considerata legittima la condotta datoriale volta ad imporre la fruizione delle ferie anche pregresse e proprio al fine di evitare quella imputabilità della mancata fruizione (monetizzabile comunque alla cessazione del rapporto per le ferie legali e senza tale limite per le ferie contrattuali), dall'altro tale utilizzo dell'istituto de quo può presentarsi non scevro da ulteriori criticità, tutte le volte in cui, come nella fattispecie al vaglio, abbia a riguardo un periodo feriale particolarmente rilevante.

Il datore di lavoro, infatti, come visto, pur decidendo unilateralmente il periodo feriale, deve uniformarsi al disposto dell'art. 2109 c.c. (nonché alla più stringente normativa contrattuale collettiva di settore, come nello specifico) e, quindi, deve contemperare sia le esigenze organizzative aziendali (che anche la norma contrattuale collettiva, invocata dal reclamante, che pure parla di accordo tra le parti, pone come obiettivo principale) sia gli "interessi" del lavoratore. Tra questi vanno allora poi certo ricomprese le finalità sottese alla fruizione del periodo di ferie, vale a dire l'assicurare un idoneo recupero psico-fisico, ma vanno altresì considerate anche le prerogative attribuite al lavoratore dal disposto di cui all'art. 2103 c.c., nella parte in cui garantisce al lavoratore il diritto di svolgere le proprie mansioni e il diritto a non essere lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazione di compiti, ancorché retribuito, con conseguente rischio di compromissione della professionalità acquisita.

Maggiori saranno le alternative di fruizione del periodo feriale offerte al lavoratore – si fa notare da parte della dottrina più accorta in materia di ferie forzate – più evidente apparirà la correttezza e la buona fede sottesa alla condotta aziendale, dalla quale scaturisce, per contro, l'illegittimità del rifiuto opposto dal lavoratore.

In tale prospettiva appare evidente allora come, diversamente da quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la collocazione in ferie forzate del lavoratore per un periodo addirittura superiore a tre mesi continuativi metta a serio rischio l'integrità professionale del lavoratore, soprattutto se si consideri la rapidità con cui al giorno d'oggi evolvono le cognizioni ed il *know how* propri di qualsiasi profilo professionale, che necessitano infatti di continui aggiornamenti. Tenere forzatamente lontano dal posto di lavoro il dipendente per un periodo assolutamente prolungato e non disporre invece un calendario che, tenendo conto delle esigenze aziendali, alterni periodi di ferie molto più contenuti (e comunque idonei a ristorare il lavoratore) e rientri prolungati al lavoro, si pone allora in aperto contrasto con il diritto di questi a rendere la propria prestazione lavorativa ex art. 2103 cc, anche in un'ottica di doveroso perseguimento dell'accrescimento della propria professionalità, che va sussunto come "interesse" dello stesso lavoratore di cui parte datoriale deve tenere conto ex art. 2109 cc, nel momento in cui legittimamente offre al lavoratore l'opportunità di godere di ferie pregresse, onde evitare qualsiasi rischio di monetizzazione del mancato godimento. Rispettoso di quell'interesse sarebbe allora un progetto datoriale che preveda ad esempio la fruizione di un periodo feriale al massimo di trenta giorni consecutivi di ferie, con successivo rientro del lavoratore in azienda e poi, dopo un congruo termine di assegnazione del lavoratore alle mansioni, l'ulteriore fruizione di un ulteriore mese e così via fino all'esaurimento delle ferie pregresse.

In tale prospettiva va peraltro evidenziata la circostanza che parte datoriale neanche abbia addotto e comprovato che la messa in ferie per un periodo così prolungato fosse soluzione imposta dalle necessità aziendali (es: particolare contrazione dell'attività in un dato periodo).

In tale prospettiva e tenuto conto che al termine dell'imposto periodo feriale mancano ancora oltre 20 gg, il reclamo deve essere accolto, dando ordine a parte datoriale di sospendere immediatamente il periodo feriale e disporre l'immediato rientro del reclamante in azienda.

(omissis)

NOTA (1)

Il datore di lavoro, pur decidendo unilateralmente il periodo feriale, è tenuto ad uniformarsi al disposto di cui all'art. 2109 c.c. e, quindi, a contemperare sia le proprie esigenze organizzative che gli "interessi" del lavoratore. Tra questi vanno ricomprese le finalità sottese alla fruizione del periodo di ferie, vale a dire l'assicurare un idoneo recupero psico-fisico, ma vanno altresì considerate le prerogative attribuite al dipendente dalla norma di cui all'art. 2103 c.c., laddove garantisce al lavoratore il diritto di svolgere le proprie mansioni e a non esser lasciato in condizioni di forzata inattività, ancorché retribuita, con conseguente rischio di compromissione della professionalità acquisita.

Questo il principio espresso dal Tribunale di Pescara nella ordinanza in rassegna.

Nel caso di specie, il lavoratore aveva promosso dapprima un giudizio di merito nei confronti della propria datrice di lavoro volto all'ottenimento del riconoscimento di mansioni superiori e, conseguentemente, di una condanna nei confronti di quest'ultima al pagamento delle relative differenze retributive maturate nonché di ulteriori differenze retributive connesse allo svolgimento di lavoro domenicale, estivo e straordinario, nonché a titolo di indennità per ferie e permessi non goduti.

Dopodiché, nelle more del predetto giudizio, il lavoratore promuoveva altresì ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c. nei confronti della società esponendo di esser stato collocato in ferie forzatamente per un periodo superiore a tre mesi continuativi, deducendo l'illegittimità del relativo provvedimento datoriale in quanto, essendo i periodi di ferie non goduti riferibili a epoca anteriore all'ottobre 2015, trascorsi quindi oltre 18 mesi dalla maturazione delle ferie non godute, sussisteva il proprio diritto alla monetizzazione delle stesse con riconoscimento dell'indennità sostitutiva. Ai fini dell'accertamento del requisito del periculum in mora, invece, egli deduceva che il provvedimento datoriale, ove fosse stato eseguito nelle more del giudizio di merito, gli avrebbe fatto perdere la possibilità di far valere il suo diritto alla monetizzazione delle ferie arretrate non godute nonché arrecato un danno alla propria professionalità, in ragione della prolungata assenza dal servizio che si sarebbe verificata.

Il Giudice cautelare, tuttavia, respingeva il ricorso anzidetto per assoluta carenza sia di fumus boni juris che di periculum in mora.

Quanto al requisito del fumus boni juris, il Giudice riteneva che, non essendo il rapporto di lavoro ancora cessato, il ricorrente non avesse alcun diritto alla monetizzazione delle ferie non godute negli anni precedenti e anzi che la relativa fruizione fosse doverosa, trattandosi di diritto irrinunciabile e costituzionalmente garantito ex art. 36, co. 3, Cost. Pertanto, l'aver da parte della datrice di lavoro, a fronte del riscontro di un mancato godimento in misura rilevante, collocato in ferie il lavoratore configurava atto pienamente legittimo e, anzi, in base al principio di irrinunciabilità delle ferie, doveroso.

Quanto, invece, al periculum in mora, da un lato il ricorrente aveva lamentato la perdita di un diritto di contenuto patrimoniale che, in quanto tale, poteva esser sempre risarcito per equivalente, dall'altro egli stesso, pur deducendo danni alla professionalità in ragione dell'assenza dal servizio, non aveva in alcun modo dedotto di svolgere particolari mansioni rapidamente obsolescibili, pertanto il periodo di ferie imposto dal datore, essendo limitato a qualche mese, non avrebbe potuto in alcun modo comportare pregiudizi alle sue capacità o attitudini professionali.

Avverso tale decisione il lavoratore promuoveva reclamo dinanzi al Collegio.

Nella ordinanza in rassegna, il Tribunale ha ribadito anzitutto l'insussistenza dei requisiti necessari ai fini dell'accoglimento di un ricorso d'urgenza ex art. 700 c.p.c., vertendosi in ipotesi di diritti meramente patrimoniali, non volti a soddisfare interessi primari del lavoratore, per la tutela dei quali non è quindi necessario disporre alcun provvedimento anticipatorio.

Ciò posto, la diversa domanda inerente il lamentato profilo della lesione irreparabile alla professionalità che in capo al lavoratore avrebbe potuto verificarsi per l'effetto della completa esecuzione del provvedimento impugnato, a giudizio del Collegio, merita accoglimento.

In particolare, se da un lato deve esser considerata legittima la condotta datoriale volta a imporre la fruizione di ferie pregresse al fine di evitare l'imputabilità della mancata fruizione, dall'altro lato tale utilizzo dell'istituto de quo risulta non scevro da criticità tutte le volte in cui riguarda un periodo feriale particolarmente lungo.

Secondo la condivisibile pronuncia del Tribunale, infatti, il datore di lavoro, pur decidendo unilateralmente il periodo feriale del lavoratore, è tenuto a uniformarsi al disposto di cui all'art. 2109 c.c., il quale stabilisce che le modalità di fruizione delle ferie sono stabilite dall'imprenditore «tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro». Tra questi interessi, devono ritenersi ricomprese le finalità sottese alla fruizione del periodo feriale, ma devono altresì esser considerate le prerogative attribuite al lavoratore dalla norma di cui all'art. 2103 c.c., laddove garantisce a quest'ultimo il diritto di svolgere le proprie mansioni e di non esser lasciato in condizioni di inattività forzata, ancorché retribuita, con conseguente rischio di compromissione della propria professionalità.

In tale ottica, la collocazione in ferie forzate di un lavoratore per un periodo superiore a tre mesi continuativi risulta senz'altro idonea a mettere a rischio l'integrità professionale di quest'ultimo, tenuto conto della rapidità con cui al giorno d'oggi evolvono le cognizioni e il know how propri di qualsiasi profilo professionale. Pertanto, un provvedimento di tal genere si pone in netto contrasto con il diritto del lavoratore a rendere la propria prestazione ex art. 2103 c.c., da sussumere quale interesse del lavoratore di

cui il datore deve tener conto ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2109 c.c. nel momento in cui offre al lavoratore l'opportunità di godere di ferie pregresse.

In conclusione, secondo la pronuncia in rassegna, rispettoso di detto interesse sarebbe un piano datoriale che preveda ad esempio la fruizione di un periodo feriale al massimo di trenta giorni continuativi di ferie, con successivo rientro del lavoratore in azienda e poi, dopo un congruo termine di assegnazione del lavoratore alle mansioni, l'ulteriore fruizione di un ulteriore mese e così via, fino all'esaurimento delle ferie pregresse.

Paolo Catalano

Giurisprudenza penale

I

Corte d'Appello di L'Aquila - sent. 11 maggio 2018 - pres. est. Manfredi - Imp. T.

Omesso versamento di IVA (art. 10 ter D.Lgs. n. 74/2000) - Dolo (esclusione) - Bilanciamento di interessi

La scelta imprenditoriale di preferire al pagamento dei tributi il pagamento di stipendi e fornitori, nel tentativo (poi riuscito) di far sopravvivere l'impresa, è scelta accorta e condivisibile, che contempera le diverse esigenze di far fronte alla crisi evitando il fallimento e di pagare comunque successivamente il fisco, mediante rateizzazione del debito tributario, e che è con tutta evidenza incompatibile con il dolo integrante il reato, ovvero con la volontà di non pagare. Nella valutazione della sussistenza del reato bisogna infatti bilanciare l'interesse di rango costituzionale, sociale e generale, alla sopravvivenza dell'impresa a tutela di molteplici interessi individuali e collettivi, con quello finanziario dello Stato.

(omissis)

FATTO E DIRITTO.

Con sentenza in data 7.06.17 il Tribunale di Chieti dichiarava T.A. colpevole del reato di cui all'art 10 ter D. L.vo 74/00 e, concesse le attenuanti generiche, lo condannava alla pena di mesi quattro di reclusione con i doppi benefici.

Rilevava il Tribunale che a seguito di un controllo sulla posizione della soc. T. s.p.a. Costruzioni Generali era accertata la presentazione di dichiarazione IVA per il 2013 da cui risultava un debito di imposta pari ad euro 20.569.000.

Detta somma non risultava però versata all'erario nei termini di legge e comunque entro il 27.12.14.

Tale condotta omissiva ad avviso del Tribunale integrava il reato contestato. Era ampiamente superata la soglia di punibilità e la condotta era certamente riferibile sul piano materiale e soggettivo al prevenuto, legale rappresentante della società contribuente.

Non poteva accogliersi la tesi difensiva circa la carenza del dolo.

Era vero che i testi avevano riferito che la società a partire del 2012 era andata incontro ad una pesante crisi di liquidità imputabile a vari fattori, quali il calo delle commesse, il fallimento o l'ammissione a concordato di vari clienti, il mancato pagamento di consistenti fatture da parte di vari enti, tra cui in particolare (omissis).

Erano stati altresì riferiti vari sforzi profusi dai soci e dal T.A., anche con prestiti personali ed aumenti di capitale, che però consentivano solo di far fronte agli incombenti debitori più urgenti e vitali per la società, quali pagamento principali fornitori e dipendenti, ma tutto ciò non consentiva di pagare l'IVA nei termini.

Tali emergenze però secondo il Tribunale non escludevano la colpevolezza del prevenuto.

In tal senso era richiamata la giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui la crisi di liquidità non esime, a meno che venga dimostrato che siano state adottate tutte le misure per provvedere al pagamento del fisco.

L'IVA riscossa andrebbe accantonata e le risorse disponibili devono essere organizzate per far fronte al debito tributario.

La scelta di non pagare l'IVA, peraltro per somma consistente, provava il dolo e non era ravvisabile una situazione di forza maggiore impeditiva.

La scelta di mancato pagamento quale strumento di gestione della crisi di liquidità non poteva giustificare.

Tanto più che la società, se pure in crisi di liquidità, non è fallita ed anzi ha attivato procedura di rateizzazione del debito tributario in corso di adempimento.

Hanno proposto appello i difensori dell'imputato. Hanno sostenuto che la ricostruzione del Tribunale era errata ed incompleta.

Non si era invero considerato che l'Agenzia delle Entrate aveva ammesso la società alla rateizzazione già in corso prima dello spirare del *tempus commissi delicti*.

Infatti la società già in data 25.08.14 e quindi prima della verifica fiscale e prima del perfezionamento del reato contestato aveva chiesto la liquidazione dell'IVA rateizzazione cui era ammessa tanto che alla data della sentenza appellata era stata già corrisposta la somma di 10.529.459 euro con il versamento delle prime due rate già prima del 27.12.14.

Secondo gli appellanti con ciò mancava la stessa materialità del reato in quanto il fisco stava e sta incamerando l'importo della imposta dovuta con la conseguenza che il bene giuridico protetto non era stato offeso con il piano di rientro già attivato prima della scadenza del termine ultimo di legge.

La stessa G.d.F. in sede di verifica aveva comunque accertato la sussistenza di problemi di liquidità ed andava comunque escluso il dolo.

(omissis)

Hanno quindi concluso per l'assoluzione peraltro riproponendo questione di legittimità costituzionale in relazione all'art 13 d.lvo 74/00.

In particolare si dubita della legittimità costituzionale della norma che, introducendo la causa di non punibilità rappresentata dall'integrale pagamento del debito tributario prima della apertura del dibattimento, nel caso di pagamento rateale prevede la possibilità di sospensione del giudizio per tre mesi, prorogabile per altri tre mesi.

Previsione che sarebbe irragionevole ed in contrasto con gli artt 3 e 24 della Costituzione.

La impossibilità di ottenere, in casi di pagamento rateale, un termine corrispondente al tempo necessario per adempiere integralmente al piano di dilazione renderebbe impossibile la applicabilità della causa di non punibilità, e ciò per una causa indipendente dalla volontà dell'imputato.

La mancata coincidenza tra i tempi della dilazione e quelli previsti dalla norma in questione porta a conseguenze palesemente irragionevoli, stante la esclusione dal beneficio per chi abbia ottenuto la dilazione tardivamente o debba corrispondere somma rilevante che meccanicamente necessita di più ampia rateizzazione che può non rientrare nel semestre massimo di sospensione del giudizio.

OSSERVA LA CORTE

L'appello è fondato.

Il Tribunale nel negare che la situazione di crisi di liquidità sostenuta dalla difesa del prevenuto sia rilevante e possa escludere il dolo ha richiamato la giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui tale condizione potrebbe essere positivamente apprezzata solo quando venga dimostrato che siano state adottate tutte le iniziative necessarie a provvedere alla corresponsione del tributo, ma di tale assunto non ha fatto buon governo, non valutando adeguatamente quanto emerso dalla istruttoria dibattimentale.

In primo luogo va detto che la difesa ha provato tramite introduzione di testi e produzioni documentali che effettivamente nell'anno di riferimento la società amministrata dal T.A. venne colpita da crisi di liquidità dovuta a cause non prevedibili, anche nella loro contemporaneità, e comunque non ascrivibili a colpa del predetto nelle sue scelte imprenditoriali.

(omissis)

Vi altresì prova che in tale particolare congiuntura negativa vari sforzi furono profusi dai soci e dal T.A., anche con prestiti personali ed aumenti di capitale, che però consentivano solo di far fronte agli incombenti debitori più urgenti e vitali per la società, quali pagamento principali fornitori e dipendenti, e non di pagare l'IVA nei termini, dato il relevantissimo importo.

A tal fine il T.A. tentò di accedere a finanziamento bancario, ma senza esito, data la mancanza di garanzie personali sufficienti a coprire l'ingente somma dovuta.

La direzione aziendale e quindi il T.A. fecero quanto nella loro possibilità e fu fatta la scelta di indirizzare tali sforzi prima di tutto per far fronte ai pagamenti indilazionabili al fine della prosecuzione dell'attività.

Pagamenti dei dipendenti, dei contributi, dei subappaltatori, dei costi di cui si è detto per proseguire nella importantissima commessa pubblica del raddoppio autostradale, il cui mancato adempimento avrebbe tra l'altro impedito l'accesso a commesse pubbliche.

Vi fu quindi la scelta di organizzare e destinare le risorse disponibili, implementate anche con iniziative personali a proprio rischio il patrimonio, in modo da salvare l'azienda, e quindi ben 600 posti di lavoro, dal fallimento, senza però alcuna intenzione di disattendere le ragioni del fisco.

Infatti, come visto, tempestivamente, e prima della scadenza del termine ultimo del 27 dicembre 2014, il T.A. si attivò con la richiesta di liquidazione dell'IVA e di accesso al pagamento rateale nel termine massimo consentito.

Ciò ottenne e l'azienda iniziò regolarmente a corrispondere le consistenti rate mensili, anche in questo caso già prima del termine ultimo integrante il reato, tanto che ad oggi quasi più dell'importo dovuto risulta corrisposto ed in tal senso la difesa in udienza ha prodotto documenti che provano il pagamento ad oggi di ulteriori rate. Una iniziativa che, se l'importo fosse stato minore e la rate si fossero esaurite in minore tempo, avrebbe consentito di chiedere ed ottenere la sospensione del processo ai sensi dell'art 13 d.lvo 74/00.

Sospensione appunto non concedibile se non per un termine complessivamente non superiore a sei mesi, con meccanismo che la difesa, non senza ragioni, ha indubiato di incostituzionalità data l'impossibilità per il prevenuto di accedervi per cause indipendenti dalla sua volontà.

Orbene, a prescindere da tale ultimo profilo, appare indubbio che quel che emerge è una scelta imprenditoriale accorta e condivisibile, che ha di fatto temperato le diverse esigenze di far fronte alla crisi evitando il fallimento e di pagare comunque il fisco, che è con tutta evidenza incompatibile con il dolo integrante il reato, ovvero con la volontà di non pagare.

D'altronde è indubbio che l'accesso alla rateizzazione è legittima modalità di pagamento, prevista dalla normativa di settore e non è quindi esatto dire che vi fu scelta di mancato pagamento quale strumento di gestione della crisi di liquidità, dato l'accesso alla rateizzazione che sta consentendo al fisco l'integrale soddisfacimento del credito tributario.

È del tutto illogico piegare contro il prevenuto il fatto che la società, se pure in crisi di liquidità, non sia fallita ed anzi sia stata attivata procedura di rateizzazione del debito tributario in corso di adempimento, come se quella che è stata una positiva iniziativa che ha salvato l'azienda possa essere apprezzata quale ragione di addebito e di prova del dolo, come fa il Tribunale.

Affermare che se l'impresa non riesce a sopravvivere se non facendo ricorso a quanto incassa per l'IVA vuol dire che non è in grado di operare sul mercato e quindi, evidentemente, deve essere eliminata da esso, come taluno sostiene e come in sostanza dice il Tribunale, è affermazione che non tiene conto dell'interesse sociale e generale alla sopravvivenza dell'impresa a tutela di molteplici interessi individuali e collettivi.

Interesse di rango costituzionale che va protetto al pari di quello finanziario dello Stato, che l'imprenditore giustamente persegue con tutti i tentativi possibili se ci si muove in una prospettiva di salvataggio e ripresa delle normali dinamiche aziendali e quindi nella convinzione di poter successivamente adempiere ai propri obblighi di legge.

Anzi, come visto, nel caso di specie non si è agito solo nella speranza di poter poi adempiere al debito tributario, ma ci si è attivati nel contesto della complessiva strategia di organizzazione e gestione delle risorse disponibili per il suo pagamento.

Alla luce di tali considerazioni va pronunciata sentenza di assoluzione.

II

Tribunale di Chieti – ord. 11 aprile 2019 – est. Di Bernardino – Ind. T.

Omesso versamento di IVA (art. 10 ter D.Lgs. n. 74/2000) - Dolo - Bilanciamento di interessi (esclusione) – Rateizzazione del debito tributario e sequestro preventivo

Nell'ipotesi di omesso versamento di tributi, non può operarsi alcun bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti al fine di escludere la sussistenza del reato, non trovando tale bilanciamento alcun aggancio nelle norme penali ed essendo tale operazione ermeneutica destinata a creare disparità di trattamento tra imprese di grandi dimensioni e piccoli imprenditori.

Anche in presenza di un piano di rateizzazione del debito tributario il Giudice penale può disporre il sequestro finalizzato alla confisca, ferma restando la possibilità per l'imputato di chiedere, al pagamento delle singole rate, la progressiva revoca del sequestro.

(omissis)

Il provvedimento impugnato ha motivato la ricorrenza dell'elemento oggettivo del reato nella adesione dell'impresa ad un piano di rateizzazione dell'IVA non versata (perciò ritenuta incontestata), ai sensi dell'art. 36 bis D.P.R. 600/1973, precisando altresì che questa non è stata la prima dilazione richiesta dalla T. C. G. S.p.a., laddove, proprio con riguardo all'IVA, la società aveva estinto alla stessa maniera il debito relativo al

2013, mentre stava ancora effettuando i pagamenti relativi all'annualità 2014 e al 2015, annualità quest'ultima per la quale aveva anche maturato un credito di euro 841.144,00 (in tal senso, il funzionario dell'Agenzia delle Entrate G. A.).

(*omissis*)

I motivi del riesame possono essere così articolati: a) difetto di dolo del reato, non avendo l'indagato mai inteso sottrarsi al pagamento dell'imposta, bensì essendo egli stato "costretto" - a causa di una documentata riduzione di liquidità (dovuta a sopravvenuti maggiori costi di esecuzione delle opere pubbliche non riconosciuti dalla committente (*omissis*), del peso delle obbligazioni tributarie già contratte e della impossibilità del sig. T. di accedere a finanziamenti bancari sufficienti a coprire il debito fiscale - "a privilegiare il pagamento di stipendi, contributi e fornitori a scapito dei versamenti IVA per assicurare la continuità aziendale in termini di produttività e adempimento dei contratti e quindi anche per poter onorare i debiti fiscali rimasti insoluti", ciò anche per scongiurare il rischio di scioperi dei dipendenti, per assicurare la regolarità dei DURC, per garantire l'efficienza produttiva in appalti molto delicati per la collettività. (*omissis*) in proposito, il difensore ha recepito, allegandole all'istanza, le motivazioni della sentenza con cui la Corte di Appello di L'Aquila ha recentemente assolto l'imputato dal medesimo titolo di reato relativamente a pregresso periodo di imposta (per il quale le circostanze di fatto, a dire del difensore, non sono mutate), in riforma di una sentenza di condanna di questo Tribunale.

(*omissis*)

Il riesame è infondato.

Muovendo dal primo motivo, la questione dell'elemento soggettivo del delitto in parola ha trovato definitivo assestamento in un granitico orientamento di legittimità, in base al quale: a) il reato in esame è punibile a titolo di dolo generico e consiste nella coscienza e volontà di non versare all'Erario le ritenute effettuate nel periodo considerato, non essendo richiesto che il comportamento illecito sia dettato dallo scopo specifico di evadere le imposte; b) la prova del dolo è insita nella presentazione della dichiarazione annuale, dalla quale emerge quanto è dovuto a titolo di imposta, e che deve, quindi, essere saldato o almeno contenuto non oltre la soglia, entro il termine lungo previsto; c) il debito verso il fisco relativo ai versamenti IVA è normalmente collegato al compimento delle operazioni imponibili: ogni qualvolta il soggetto d'imposta effettua tali operazioni riscuote già (dall'acquirente del bene o del servizio) l'IVA dovuta e deve, quindi, tenerla accantonata per l'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter adempiere all'obbligazione tributaria.

L'introduzione della norma penale, stabilendo nuove condizioni e un nuovo termine per la propria applicazione, estende evidentemente la detta esigenza di organizzazione su scala annuale (cfr., *ex multis*, Cass. Sez. III, 09/11/2017, dep.13/03/2018, n. 11035).

Poiché il reato di omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto ha natura istantanea e unisussistente, esso è integrato dalla volontà dell'omesso versamento con riguardo al momento della scadenza e non in momenti ad esso antecedenti (Sez. 3, n. 8352 del 24/06/2014, Schirosi, Rv. 263126) ed è integrato dalla condotta omissiva posta in essere nella consapevolezza della sua illiceità, non richiedendo la norma, quale ulteriore requisito, un atteggiamento antidoveroso di volontario contrasto con il precetto violato, sicché la scelta di non pagare entro la scadenza lo integra.

La Suprema Corte ha affermato, pertanto, che non può essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine, ove non si dimostri che la stessa non dipenda dalla scelta di non far debitamente fronte alla predetta esigenza organizzativa (v., in riferimento alla parallela norma dell'art. 10-bis, Sez. 3, n. 10120 del 01/12/2010, dep. 2011, Provenzale).

Quanto alla alternativa configurabilità della forza maggiore, essa postula, secondo la Suprema Corte, la individuazione di un fatto imponderabile, impreveduto ed imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell'agente, tanto da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento, non potendo ricollegarsi in alcun modo ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente, la Suprema Corte ha sempre escluso, quando la specifica questione è stata posta, che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante (Sez. 3, n. 4529 del 04/12/2007, Cairone, Rv. 238986; Sez. I, n. 18402 del 05/04/2013, Giro, Rv. 255880; Sez. 3, n. 24410 del 05/04/2011, Bolognini, Rv. 250805; Sez. 3, n. 9041 del 18/09/1997, Chiappa, Rv. 209232; Sez. 3, n. 643 del 22/10/1984, Bottura, Rv. 167495; Sez. 3, n. 7779 del 07/05/1984, Anderi, Rv. 165822). Costituisce corollario di queste affermazioni il fatto che, nei reati omissivi, integra la causa di forza maggiore l'assoluta impossibilità derivante da fatti non imputabili all'imprenditore che non ha potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico, non la semplice difficoltà di porre in essere il comportamento omesso (Sez. 3, n.8352 del 24/06/2014, dep.25/02/2015, Rv.263128; da ultimo, Cass. Sez. III 2 marzo 2018

n. 21274: "Deve riaffermarsi il principio secondo cui l'inadempimento della obbligazione tributaria può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti contingenti e imprevedibili non imputabili all'imprenditore che non abbia potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico, dovendosi escludere la predetta causa di esclusione del dolo nel caso di situazione di difficoltà economica anche derivante da eventi estranei e non imputabili alla gestione ordinaria dell'impresa, nella quale l'omissione del versamento Iva alla scadenza è preceduta dal mancato pagamento alla singole scadenze mensili e, dunque, da una situazione di illegittimità che non può integrare la causa di forza maggiore").

Anche la recentissima sentenza menzionata dal difensore in udienza (Cass. Sez. III n. 12906 del 25.3.2019), nel respingere il motivo di ricorso relativo al difetto di dolo di un imprenditore in crisi e già in concordato preventivo, ha ribadito che "del tutto correttamente la Corte d'appello, richiamando i consolidati principi espressi da questa Corte, ha escluso la rilevanza scusabile della crisi societaria meramente prospettata dall'imputato.

Infatti, il reato di omesso versamento IVA è integrato dalla scelta consapevole di omettere i versamenti dovuti, non rilevando la circostanza che la società attraversi una fase di criticità e destini risorse finanziarie per far fronte al pagamento di debiti ritenuti più urgenti (*ex plurimis* Sez. 3, n. 10813 del 6/2/2014; Sez. 3, n. 5467 del 5/12/2013), elemento che rientra nell'ordinario rischio di impresa e che non può certamente comportare l'inadempimento dell'obbligazione fiscale contratta con l'erario.

Tale elemento può rilevare come causa di forza maggiore di cui all'art. 45 cod. pen., solo se siano assolti gli oneri di allegazione idonei a dimostrare non solo l'asserita crisi di liquidità, ma anche che detta crisi non sarebbe stata fronteggiabile tramite il ricorso ad apposite procedure da valutarsi in concreto, non ultimo il ricorso al credito bancario.

L'imprenditore deve quindi provare di aver posto in essere, senza successo per causa a lui non imputabile, tutte le misure (anche sfavorevoli per il proprio patrimonio personale) idonee a reperire la liquidità necessari per adempiere il proprio debito fiscale (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 5467 del 5/12/2013)".

La Cassazione ha però poi ritenuto sussistente in quel caso la particolare tenuità del fatto, essendosi trattato di una evasione di poco superiore alla soglia di legge da parte di un'impresa dalle caratteristiche sideralmente distanti da quelle della (*omissis*) S.p.a., e cioè di più modeste dimensioni e per la quale la crisi di liquidità aveva determinato l'avvio di una procedura concorsuale (crisi che, ciononostante, fu, come detto, ritenuta inidonea a far venire meno il dolo o a integrare una causa di forza maggiore).

Chiarito il perimetro della giurisprudenza di legittimità nel quale intende muoversi il Tribunale, va rilevato che, nella specie, al di là della allegazione della decisione distrettuale e della prospettazione di ingenti "riserve" desumibili dai registri di contabilità di due società committenti (e cioè di lavori eseguiti su commissione di enti pubblici e da questi asseritamente non pagati, dato non documentato da eventuali richieste di pagamento e comunque di per sé non univocamente sintomatico di una forza cui *resisti non potest*, se scollegato dall'andamento economico-finanziario dell'impresa), il sig. (*omissis*) non ha introdotto alcun elemento idoneo a dimostrare (o almeno a lasciare intendere) l'adozione di "tutte le misure (anche sfavorevoli per il proprio patrimonio personale) idonee a reperire la liquidità necessari per adempiere il proprio debito fiscale" (*ibidem*).

L'aumento dei costi e la deflazione delle commesse pubbliche, per una società esperta e di prestigio nel settore delle costruzioni e nella gestione di progetti infrastrutturali complessi, non può essere considerato imprevedibile e ingestibile, non essendo iniziata certo nel 2015 o nel 2016; il sig. (*omissis*) inoltre, non ha dimostrato l'ingravescenza della esposizione debitoria, al netto del costo del lavoro e la difficoltà di ricorrere a forme di credito e di finanziamento al di là di una generica deduzione difensiva sulla notoria impossibilità di ricorrere a tali strumenti, anche, eventualmente in veste personale; la tempistica dei pagamenti può essere gestita con politiche imprenditoriali che non si facciano attrarre dalla logica della impossibilità di svolgere appalti per lo Stato versando al contempo le imposte entro la scadenza penai-tributaria.

In definitiva, l'imprenditore indagato ha gestito consapevolmente le risorse disponibili per soddisfare alcuni creditori ed effettuare operazioni economiche ritenute più urgenti ed indilazionabili ai fini della prosecuzione dell'attività di impresa, con ciò dunque dovendosi escludere la sussistenza di una forza maggiore.

Occorre ora confrontarsi con la più volte invocata motivazione della Corte di Appello di L'Aquila, fondata sulla idea per cui il giudice penale debba tenere conto "dell'interesse sociale e generale alla sopravvivenza dell'impresa a tutela di molteplici interessi individuali e collettivi" (in quanto "interesse di rango costituzionale che va protetto al pari di quello finanziario dello Stato, che l'imprenditore giustamente persegue con tutti i tentativi possibili"). Ebbene, tali affermazioni sembrano evocare una inattuale giurisprudenza orientata verso la promozione di valori ondivaghi e contenutisticamente indeterminati, e perciò

esposta all'arbitrio discriminatorio, ciò di quanto più distante dalla teoria costituzionale del reato.

Il prospettato bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti non trova alcun aggancio nelle norme penali applicabili al caso di specie, perché soltanto le cause di giustificazione previste dagli artt. 50 e segg. c.p., idonee a elidere l'antigiuridicità, attribuiscono all'interprete il compito di comparare beni giuridici confliggenti (reputazione e libertà di espressione nell'art. 51 c.p., vita dell'offeso e dell'aggressore nella legittima difesa, consenso dell'avente diritto e indisponibilità di beni primari nell'art. 50 c.p., ecc.).

Il bene giuridico protetto dai reati tributari è, invece, null'altro che la pretesa erariale, da soddisfarsi nei termini di cui alla struttura del reato omissivo già ampiamente delineati.

Non si può richiedere al giudice penale di valutare, in questo ambito, gli effetti delle sue scelte, perché ciò determinerebbe la regressione ad un diritto penale non secolarizzato, ad una instabile concezione sostanziale del reato promotrice della tutela di valori che di volta in volta il giudice individuerebbe nell'ampio catalogo offerto dalla Carta Costituzionale.

Del resto, portando alle estreme conseguenze il ragionamento della corte territoriale, solo le imprese di grandi dimensioni, dai fatturati più ingenti, con numerosi dipendenti, le cui sorti incidano sul tessuto economico-sociale di un territorio e pienamente in grado di avviare percorsi conservativi (grazie ad organizzazioni interne tecnicamente preparate), siano meritevoli di tutela e di indulgenza, mentre invece il piccolo imprenditore, la cui difficoltà produce contenuti effetti su terzi e prevalentemente sulla sua famiglia, non assistito da sovrastrutture che lo guidino nella ricerca della soluzione più efficiente, è destinato inesorabilmente a soccombere economicamente e penalmente (significativa, del resto, è la fattispecie decisa dalla sentenza sopra riportata e richiamata dalla difesa, laddove, pur essendo stata la condotta omissiva ritenuta scarsamente offensiva, cionondimeno essa era antigiuridica e colpevole). Di fatto, quel che (*omissis*) invoca è la legittimazione del ricorso all'evasione (ben organizzata) dell'imposta, nel senso che un imprenditore, appunto accorto, come riconosciuto dalla corte di merito, affiancato da ampi consigli di amministrazione, una volta profilatosi all'orizzonte qualche problema in appalti o forniture, effettuata un'analisi costi benefici e messo in secondo piano l'interesse erariale, predisporre in anticipo un piano di rateizzazione, preconstituendosi una efficace scusante.

È un sapiente sistema elusivo della concreta applicazione della norma incriminatrice.

Va altresì rilevato che il concetto di imprevedibilità mal si adatta ad imprese portate necessariamente a formulare previsioni economiche e produttive, salvo il verificarsi di tracolli assolutamente improvvisi ed eccezionali.

Nel caso di specie, la scelta, rivendicata dal (*omissis*), di servirsi dei benefici offerti dall'amministrazione finanziaria al contribuente inadempiente è stata approfondita dalla Guardia di Finanza, la quale ha calcolato che, a fronte di interessi maturati dall'Erario per euro 635.606,30, gli interessi di un mutuo bancario avrebbero per contro raggiunto la somma di euro L. 1.073.454,20: uno studiato progetto di autosostegno imprenditoriale.

Venendo alla questione del *periculum in mora*, costituisce *ius receptum* nella giurisprudenza di legittimità il principio generale secondo cui, per il sequestro ex art. 321 co. 2 c.p.p., l'unico requisito richiesto è quello della confiscabilità del bene, ossia la condizione che si tratti di cose di cui è consentita la confisca a mente del codice penale o delle leggi speciali, per cui il compito del giudice nel disporre il sequestro è quello di verificare se i beni siano suscettibili di confisca (facoltativa o obbligatoria) ma non si richiede una prognosi relativa al pericolo di commissione di reati, essendo irrilevante sia la valutazione del *periculum in mora* - che attiene ai requisiti del sequestro preventivo impeditivo di cui all'art. 321 comma primo cod. proc. pen. - sia quella inerente alla pertinenzialità dei beni (Sez. 5, n. 2308 del 10.11.2017, dep. 19.1.2018; Sez. 2, n. 31229 del 26/06/2014 Rv. 260367; Sez. 2, n. 41435 del 16/09/2014 Rv. 260043; Sez. 6 n.18546/16 del 22.4.16; Sez.3 n.47684 del 17.9.14, Rv.261242; Sez.6 n.151 del 19.1.94 Rv.198258; Sez.1 n.2994 del 23.6.93). Con particolare riferimento ai reati tributari, il sequestro preventivo del profitto del reato, funzionale alla confisca per equivalente di cui all'art. 12 bis D.Lgs. 74/2000, ha carattere obbligatorio, essendo subordinato alla sola sussistenza del fumus del reato, non essendo necessario verificare la sussistenza del presupposto del *periculum in mora*, ossia del rischio del depauperamento del patrimonio (Cass. Sez. III, 27/11/2013, n.10825).

(*omissis*)

La difesa si è però soffermata sulla rilevanza del piano di rateizzazione nei termini di un impegno al pagamento che smentirebbe il pericolo di dispersione. Sul punto, il Tribunale ritiene di conformarsi al principio di diritto stabilito dalla Suprema Corte, secondo cui, anche qualora si attribuisca all'accordo con l'amministrazione finanziaria la natura di novazione dell'obbligazione, esso rimane comunque confinato nell'ambito tributario e resta privo di effetto nell'ambito penale, ciò trovando dimostrazione nella previsione

legislativa della speciale causa di non punibilità, introdotta nel 2015, in forza della quale il pagamento integrale, per effetto dell'accordo con l'Amministrazione finanziaria, costituisce una causa di non punibilità (cfr. Cass. Sez. III, 13/07/2018, dep. 24/10/2018, n. 48375). In altri termini, solo per effetto della espressa previsione normativa, il pagamento integrale del debito tributario, alle condizioni previste, è causa di non punibilità dell'omissione del versamento dell'imposta che si è consumata alla data di scadenza per l'adempimento. Ciò che prima costituiva una circostanza attenuante è stato elevato a causa di non punibilità del reato, causa di non punibilità che, per sua natura, non incide sulla struttura del reato né sulla illiceità della condotta e rende del tutto ininfluenza, sul piano penale, la disamina della qualificazione quale accordo novativo dell'accordo intervenuto tra debitore e amministrazione finanziaria per l'estinzione del debito tributario. Le cause di non punibilità, a differenza delle cause di giustificazione che elidono l'illiceità o anti-giuridicità della condotta rendendo inapplicabile qualsiasi tipo di sanzione, rappresentano una causa sopravvenuta di esclusione della punibilità di un reato già consumato del quale vengono eliminati gli effetti (irrogazione della sanzione). Conseguentemente, il reato di omesso versamento dell'Iva è integrato dall'omissione del versamento dalla data di scadenza e l'integrale pagamento del debito tributario, per effetto dell'accordo con l'Amministrazione finanziaria, sia con pagamento integrale che rateale, costituisce causa di non punibilità del fatto commesso esentando gli autori dall'irrogazione della sanzione penale prevista dalla norma incriminatrice.

Inoltre, è stato escluso che l'art. 12 bis D.Lgs. 74/2000 osti all'applicazione del sequestro - finalizzato alla confisca in caso di rateizzazione, eventualmente da intendersi quale "impegno" del contribuente per il quale "non opera la confisca".

La ratio della disposizione è certamente in linea con la filosofia complessiva che ispira il D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, ovvero quella di agevolare la possibilità per l'Erario di soddisfare le proprie pretese nei confronti dei debitori, eventualmente anche favorendo, da parte degli stessi, forme *lato sensu* definibili come di ravvedimento attuoso, che comportano limitazioni all'operatività delle norme incriminatrici e alla connessa potestà punitiva statale. La Corte di Cassazione ha fornito una utile interpretazione del nuovo dato normativo (Cass. Sez. III, 12/07/2016, dep. 06/10/2016, n.42087): "è evidente che, ove si ritenesse che al giudice sia vietato, a fronte dell'impegno di pagamento assunto dal contribuente, di procedere all'applicazione della confisca, da un lato dovrebbe escludersi che dopo l'assunzione dell'impegno possa procedersi all'adozione del sequestro preventivo e, dall'altro lato, dovrebbe concludersi nel senso della perdita di efficacia del sequestro ove esso fosse stato disposto anteriormente alla dichiarazione di impegno del contribuente. Ciò per la fondamentale considerazione che avendo il sequestro preventivo natura strumentale rispetto alla confisca del bene sottoposto alla cautela reale, nel caso in cui la definitiva ablazione dello stesso fosse giuridicamente preclusa, l'adozione del sequestro sarebbe sfornita di qualunque ragione giustificativa". Ed ancora: "Una siffatta ricostruzione, tuttavia, contrasterebbe palesemente con i canoni di ragionevolezza e funzionalità che devono ispirare una qualunque operazione ermeneutica volta a definire i meccanismi di operatività di istituti processuali previsti dall'ordinamento giuridico. È di palmare evidenza, infatti, che ove non potesse procedersi all'applicazione di una misura cautelare reale, i beni astrattamente sottoponibili a confisca permarrebbero nella completa disponibilità dell'avente titolo, il quale potrebbe conseguentemente alienarli o compiere su di essi atti idonei a pregiudicare definitivamente, o comunque a rendere meno agevole, il soddisfacimento della pretesa creditoria, ivi compresa quella facente capo all'Erario. Ciò che, però, frustrerebbe quell'obiettivo che si è visto essere proprio dell'intervento normativo qui analizzato. Ed è peraltro ovvio che la rappresentata esigenza di garantire il soddisfacimento della pretesa erariale non verrebbe adeguatamente soddisfatta dalla possibilità, pur ammessa dall'interpretazione qui censurata, di un provvedimento di confisca adottato in sede esecutiva. Si ipotizzi, infatti, il caso in cui il contribuente abbia concordato, con l'Amministrazione tributaria, il pagamento rateale del debito. In tal caso, non potrebbe farsi luogo alla confisca fino alla scadenza dell'ultima rata (salvo il caso in cui, nelle more, egli non abbia proceduto al pagamento di singole rate scadute). Qualora, tuttavia, nello stesso periodo egli procedesse ad una cospicua dismissione del proprio patrimonio, non potrebbe comunque farsi luogo, considerata l'ormai avvenuta conclusione del processo penale, all'adozione di un provvedimento di sequestro preventivo, il quale trova il suo ambito di applicazione nel processo e non nella sua fase esecutiva. In breve, il debitore potrebbe impunemente compiere atti dispositivi del proprio patrimonio, sino a renderlo sostanzialmente incapiente, senza che potesse adottarsi, nei suoi confronti, alcuna misura, almeno fino a quando egli fosse in regola con i pagamenti rateali; pagamenti che però potrebbe sospendere in ogni momento, magari dopo aver corrisposto somme assai modeste rispetto al totale dell'importo dovuto. Ed allora, di fronte ad un possibile percorso interpretativo che, coerentemente sviluppato nelle sue cadenze logiche, condurrebbe ad esiti sistematici inaccettabili, anche perché contrastanti con la ricordata finalità,

proprio della nuova disciplina, di favorire il soddisfacimento delle pretese erariali, ecco che deve necessariamente optarsi per un'alternativa soluzione esegetica, che attribuisca al ricordato riferimento al sequestro preventivo in corso il significato della possibilità di adottare (ovvero di mantenere) tale misura cautelare pur a fronte dell'impegno assunto dal contribuente indagato. Pertanto, secondo l'interpretazione qui preferita, anche in presenza di un piano rateale di versamento, la confisca potrà continuare ad essere comunque consentita, sia pure per gli importi non ancora corrisposti, così continuando ad essere consentito anche il sequestro ad essa finalizzato (per questa tesi v. Sez. 3, n. 5728 del 14/01/2016, Orsetto, Rv. 266038). Sequestro che ai sensi dell'art. 323, comma 3 del codice di rito manterrà i suoi effetti in caso di pronuncia di una sentenza di condanna, qualora sia stata disposta la confisca "ancorchè condizionata" delle cose sequestrate. Dunque, al verificarsi della condizione sospensiva, costituita dal mancato pagamento, la confisca sarà pienamente produttiva di effetti; e il Pubblico ministero, ricevuta la comunicazione di inadempimento da parte dell'Amministrazione finanziaria, potrà mettere in esecuzione alla misura, con facoltà dell'interessato di ricorrere al giudice della cautela nel corso delle indagini preliminari o del processo, ovvero al giudice dell'esecuzione nelle forme dell'incidente previsto dall'art. 666 del codice di rito". Applicando questo chiaro percorso logico-giuridico al caso di specie, va rilevato che analoghe istanze, stavolta finalizzate alla revoca della impugnata misura reale, potranno essere presentate dall'interessato nell'ipotesi in cui egli provveda all'integrale pagamento del debito.

Resta ferma, in ogni caso, la possibilità, per il giudice procedente, su richiesta del sig. (omissis) in corrispondenza del pagamento progressivo delle rate, al dissequestro parziale dei beni per un valore corrispondente alle somme versate all'Erario, non potendo il sequestro preventivo essere mantenuto sull'intero ammontare del profitto derivante dal mancato pagamento dell'imposta evasa, poichè, altrimenti, come ben sottolineato nella motivazione del sequestro preventivo (che, in dispositivo, ha infatti rimesso all'organo dell'esecuzione la detrazione dall'imposta evasa delle somme già versate) verrebbe a determinarsi una inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto con il principio secondo il quale l'ablazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al vantaggio economico conseguito dall'azione delittuosa (Sez. 3, n. 20887 del 15/04/2015, Aumenta, Rv. 263409; Sez. 3, n. 4097 del 19/01/2016, Tomasi Canovo, Rv. 265843).

Infine, la questione di legittimità costituzionale è manifestamente infondata, sia perché difetta l'individuazione del *tertium comparationis* (sconoscendosi reati tributari o di altro genere per i quali il sequestro preventivo sia impedito da intese o da accidenti extrapenali), sia perché la presunta illegittimità costituzionale risiederebbe nella mancata previsione di una presunzione legale (non c'è pericolo se c'è il piano di rientro), del tutto priva di pertinenza con la natura processuale della disposizione, suscettibile di applicazione a svariati reati e fenomeni criminali. Dalle esposte considerazioni discende il rigetto del riesame e la condanna dell'istante al pagamento delle spese del procedimento cautelare.

(omissis)

Tribunale di Chieti – ord. 19 settembre 2019 – pres. est. Campi – Ind. A.

Reati tributari – Sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente – Preventiva escussione del patrimonio della società

Il sequestro e la successiva confisca per equivalente dei beni del singolo indagato sono consentiti 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, essendo, peraltro, irrilevante ai fini del predetto giudizio la esistenza di una procedura di concordato preventivo.

(omissis)

Con provvedimento reso in data 5 agosto 2019, ed eseguito nei confronti dell'indagato-ricorrente (omissis) in data 29 agosto 2019, il G.I.P. del Tribunale di Lanciano disponeva, su richiesta del Procuratore della Repubblica di Lanciano del 26/27 giugno 2019, 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.).

(omissis)

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 5 agosto 2019, né la richiesta del P.M. del 26/27 giugno 2019 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 *(omissis)*, 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 5 agosto 2019 dal G.I.P. del Tribunale di Lanciano, limitatamente alla posizione di *(omissis)*, 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 29 agosto 2019

(omissis)

Tribunale di Pescara - sent. 17 aprile 2019 - est. Marino - Imp. C.

Lesioni personali colpose stradali lievissime (art. 590, comma 5, c.p.) - danno morale - insussistenza - estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie

Il livello minimo delle lesioni patite dalle persone offese porta ad escludere la configurazione di un danno morale, che non è apoditticamente deducibile dal fatto reato, sicché il risarcimento dei danni da invalidità temporanea già liquidato dall'assicurazione dell'imputato comporta l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, ex art. 35 D.Lgs. n. 274/2000.

(omissis)

L'evidente enfasi dei testi a carico quanto alle conseguenze dell'urto (il volo di dieci metri, peraltro escluso anche dall'assoluta modestia delle lesioni riportate dagli occupanti dell'auto) non vale a modificare un quadro probatorio che sostiene efficacemente l'ipotesi accusatoria sulla responsabilità dell'appellante nella determinazione del sinistro.

Detto ciò, a fronte del livello davvero minimale delle lesioni riportate da tutti i membri della famiglia *(omissis)* coinvolti nel sinistro, così come riscontrato dal referto ospedaliero in atti, il risarcimento effettuato nei loro confronti dal responsabile civile, documentato nel fascicolo processuale vale ad integrare la speciale causa di estinzione del reato prevista dall'art. 35 d.lgs. n. 274/2000, applicabile anche nella ipotesi che il ristoro patrimoniale provenga dalla compagnia assicuratrice dell'auto dell'imputato, sempre che il giudice lo ritenga soddisfacente (Cass. Pen. Sez. IV, 14/06/2017, n.34888).

Peraltro, le stesse parti civili hanno agito in giudizio, in questa sede, per il mero danno morale, non essendo emerso dall'istruttoria alcun danno patrimoniale o biologico ulteriore rispetto a quello già liquidato dalla compagnia assicuratrice dell'imputata, mentre è proprio il livello minimo delle lesioni patite dalle persone offese emerso in questo giudizio ad escludere la configurazione di un danno morale, che non è apoditticamente deducibile dal fatto reato, ma è soggetto ad uno specifico onere probatorio, assolvibile anche con presunzioni. Ora, secondo l'*id quod plerumque accidit*, è difficilmente sostenibile che chi abbia subito un tamponamento di proporzioni tutt'altro che tragiche possa aver riportato un patimento morale degno di essere risarcito come tale, né le risultanze istruttorie hanno consentito tale conclusione: sul punto la motivazione della sentenza gravata collega causalmente il patimento morale delle parti civili al fatto che l'auto urtata da tergo sia finita nella campagna circostante la sede stradale.

Ma, evidentemente, si trattò di urto assai poco significativo, se il risultato lesivo per gli ospiti dell'auto e per la stessa auto (come testimonia il rapporto del sinistro acquisito in alti, che ha rilevato danni solo alla parte posteriore della vettura) fu così minimale.

Pertanto, dovendosi ritenere esclusa la verifica di danni morali nei confronti delle parti civili e le risultanze processuali non avendo dimostrato danni ulteriori a quello da invalidità temporanea già liquidato dalla compagnia assicuratrice dell'imputata nel corso del giudizio, deve ritenersi verificata l'ipotesi di estinzione del reato prevista dall'art. 35 d.lgs. n.274/2000 con la conseguente riforma della sentenza.

(omissis)

Tribunale di Chieti - sent. 28 gennaio 2019 - est. Di Bernardino - Imp. S.

Violenza o minaccia a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.) – Minaccia (art. 612 c.p.) – Oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 bis c.p.) – Esclusione

Non sussiste il delitto di violenza o minaccia a pubblico ufficiale (art. 336 c.p.) ove la condotta dell'imputato non sia diretta a costringere il pubblico ufficiale a compiere un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto d'ufficio.

Per la sussistenza del delitto di minaccia (art. 612 c.p.) non è sufficiente la pronuncia di una frase in astratto potenzialmente intimidatoria, ma bisogna valutare la sua concreta realizzabilità avendo riguardo al contesto oggettivo e soggettivo in cui la frase è stata pronunciata.

Non sussiste il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale (art. 341 bis c.p.) quando non vi è alcun nesso di strumentalità tra la funzione svolta dalla persona offesa e le offese.

(omissis)

Tale essendo il compendio probatorio, non si dubita della veridicità delle dichiarazioni degli attori della vicenda in giudizio, di quelle più precise della querelante e di quelle più vaghe del dott. (omissis) e dell'imputata, che comunque hanno fornito un riscontro all'accusa: il comportamento della sig.ra (omissis) è stato, con elevata probabilità, quello lamentato dalla (omissis)

I profili problematici non riguardano dunque la prova, bensì la qualificazione giuridica, come ha in parte colto il P.M. d'udienza al momento di concludere per la derubricazione del delitto contestato in quello di minaccia semplice.

Com'è noto, per la configurabilità del delitto previsto dall'art. 336 c.p., la violenza o la minaccia devono essere dirette a costringere il pubblico ufficiale a compiere un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto dell'ufficio e devono precedere il compimento dell'atto. Allorché, invece, il comportamento di aggressione all'incolumità fisica del pubblico ufficiale non sia diretto a costringere il soggetto a fare un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto dell'ufficio, ma sia solo espressione di volgarità ingiuriosa e di atteggiamento genericamente minaccioso, senza alcuna finalizzazione a incidere sull'attività dell'ufficio o del servizio, la condotta violenta non integra il delitto di cui all'art. 336 c.p., ma semmai quello di oltraggio a pubblico ufficiale ovvero i più generali reati di ingiuria e di minaccia, aggravati dalla qualità delle persone offese (Cass. Sez. VI, 17/04/2012, n. 28701). Ora, nella specie, l'infermiera (omissis) è intervenuta solo per chiamare il medico di guardia e accompagnarlo al capezzale del marito dell'imputata affinché lo visitasse. Non stava per compiere alcuna attività tipica, né più generica di assistenza (come assume l'imputazione, che tradisce invero il principio di precisione-tassatività della fattispecie), in quanto sia lei che il collega dovevano

attendere le disposizioni del medico in ordine alla somministrazione di un oppioide, non essendovi altri trattamenti da compiere, secondo quanto riferito dal dott. (*omissis*), che non ha indicato altre forme di assistenza di cui necessitava alle due di notte quell'uomo incosciente.

Ad avviso del giudicante, non ricorre neppure il delitto di cui all'art. 612 c.p. Una frase in astratto potenzialmente intimidatoria nei confronti della vittima non è sufficiente per la configurabilità del reato di minaccia; bisogna valutare la sua concreta realizzabilità avendo riguardo al contesto oggettivo e soggettivo in cui la frase è stata pronunciata (Cass. Sez. V, 06/02/2018, n. 17470).

La sola espressione "saranno guai per te" avrebbe potuto rivestire una qualche valenza intimidatoria, ma non nel contesto in oggetto, il quale ha tolto qualsivoglia connotazione di prospettazione di un male ingiusto (cf. Cass. Sez. V, 15/02/2018, dep. 02/05/2018, n. 18805).

(*omissis*)

Residuerebbe, nel ventaglio di vigenti ipotesi delittuose, solo l'oltraggio al pubblico ufficiale.

In proposito, deve osservarsi come l'offesa al pubblico ufficiale non sia tipizzata: il delitto è a forma libera ed è integrato da una qualunque manifestazione offensiva, attiva od omissiva, esplicita o implicita, anche violenta o minacciosa, che rivesta valenza lesiva del prestigio del pubblico ufficiale.

In caso di oltraggio commesso rivolgendo una frase al pubblico ufficiale, le espressioni utilizzate devono essere connotate da un'obiettiva idoneità offensiva e, pertanto, essere tali da recare nocimento a quella particolare forma di decoro e di rispetto che deve circondare quanti esercitano una pubblica funzione. Secondo i principi fissati dal giudice di legittimità, ai fini della valutazione in punto di idoneità offensiva delle espressioni utilizzate nei confronti del pubblico ufficiale, non ci si deve limitare a valutare il mero significato obiettivo delle parole, ma si deve tenere conto anche dei criteri etico sociali comunemente condivisi e, soprattutto, della evoluzione del linguaggio nella società.

Il che peraltro non significa che l'obiettiva capacità offensiva delle parole possa ritenersi elisa dalla facilità con cui nella società contemporanea vengono abitualmente usate espressioni volgari (Cass. Sez. 6, n. 11396 del 18/10/1994, Chiavarini) o dal fatto che una data locuzione ricorra frequentemente nel linguaggio comune, potendo questa integrare il reato allorché sia inserita in un contesto che esprima, senza possibilità di equivoci, disprezzo e disistima per le funzioni del pubblico ufficiale.

La norma richiede la prova del nesso funzionale, e cioè che l'offesa, non solo sia posta in essere mentre il soggetto passivo sta compiendo un atto del suo ufficio, ma sia strettamente connessa all'esercizio delle funzioni e, dunque, abbia la propria scaturigine nell'atto d'ufficio che il pubblico ufficiale sta ponendo in essere.

Il reato di cui all'art. 341 bis c.p. sanziona infatti non una qualunque critica anche accesa verso i pubblici ufficiali mediante l'articolazione di frasi dal contenuto denigratorio, bensì solo e soltanto la condotta ingiuriosa che - in quanto connotata dal requisito della pubblicità, dalla presenza dell'offeso pubblico ufficiale e soprattutto da una relazione diretta rispetto all'espletamento della pubblica funzione - sia tale da minare la dignità sociale del pubblico ufficiale e, attraverso di esso, la considerazione della pubblica amministrazione che impersonifica in quel momento (Cass. Sez. VI 18/03/2015, dep. 18/06/2015, n.25903).

In sostanza, il delitto di oltraggio a pubblico ufficiale può ritenersi integrato quando siano rivolte al destinatario delle parole o frasi volgari e offensive, sebbene di uso corrente nel linguaggio usato nella società moderna, che assumano una valenza obiettivamente denigratoria di colui il quale esercita la pubblica funzione e non costituiscano espressione di mera critica, anche accesa, o di villania, e che siano correlate alla funzione pubblica del soggetto passivo, così da incidere sul consenso che la P.A. deve avere nella società.

Ebbene, l'unica espressione ingiuriosa confluita nell'imputazione è "schifosa", che significa disgustoso, ripugnante, ma anche, in senso estensivo, immorale, immondo, turpe.

Se si valorizzano anche gli altri termini non oggetto di contestazione e riferiti dalla (*omissis*) ("bestia", "demonio", "questa infermiera che non mi guarda mai in faccia e mai mi guarderà", "maleducata", "merda" invero non è menzionato in querela), può notarsi come lo stigma assegnato dalla (*omissis*) alla (*omissis*) risiedesse praticamente nell'eccessivo distacco formale ovvero nella distanza emotiva con cui la (*omissis*) si relazionava con lei, al capezzale del marito morente.

Si comprende così come l'imputata, in uno stato di estrema eccitabilità nervosa, attestata peraltro dal dott. (*omissis*), abbia orientato selettivamente il suo sfogo, tra i tre professionisti sanitari presenti in quel doloroso momento, solo verso l'infermiera considerata, evidentemente, meno empatica (e non colpevole di qualcosa in particolare, dato che il ruolo della (*omissis*) era stato piuttosto marginale se non nullo, rispetto a quello degli altri due, essendo sopraggiunta dopo l'intervento del collega (*omissis*) e del medico, quindi tale da non suscitare obiezioni).

Lo sfogo e il disprezzo furono dunque manifestati, in maniera senza dubbio sconveniente e inurbana, non verso la funzione che la (*omissis*) incarnava, bensì verso il modo peculiare e personale con cui la stessa si poneva in relazione con i pazienti e con i familiari.

È chiaro perciò che non vi è alcun nesso di strumentalità tra la funzione (si ripete, concretamente non svolta dalla (*omissis*) durante l'aggressione) e le offese.

(*omissis*)

Tribunale di Pescara - sent. 15 aprile 2019 - est. Angelozzi - Imp. G.

Armi – Porto in luogo pubblico di coltello – Qualificazione giuridica – Criteri

Particolare tenuità del fatto – Fatto di lieve entità ex art. 4 L. 110/1975 – Esclusione della causa di non punibilità – Possibilità

Il porto in luogo pubblico di un coltello a serramanico integra la fattispecie di cui all'art. 4 L. 110/1975, e non quella di cui all'art. 699 c.p., laddove non si dimostri che il coltello avesse la lama a scatto automatica ovvero che fosse dotato di punta acuta e lama a due tagli.

In tema di possesso di armi, la negazione della particolare tenuità del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 131 bis c.p., non impedisce la qualificazione di lieve entità del medesimo fatto, ai fini del riconoscimento dell'attenuante prevista nell'art. 4, comma terzo, legge n. 110 del 1975.

Le risultanze del presente processo hanno consentito di accertare la responsabilità penale dell'imputato per il reato a lui ascritto al di là di ogni ragionevole dubbio, pur riqualificato ex art. 4 l. 119/1975.

I fatti possono essere così sintetizzati. In data 12 dicembre 2016 gli agenti venivano inviati dalla Centrale Operativa presso bar in (*omissis*) ove una sig.ra riferiva che l'imputato, ancora nel bar, aveva con sé un coltello a serramanico.

Quindi, entrati nel bar, gli agenti si dirigevano presso l'imputato (*omissis*) ed alla richiesta se lo stesso fosse in possesso di armi/coltelli, consegnava agli operanti un coltello a serramanico con manico in polietilene di colore marrone, della lunghezza di cm 20, di cui 9,5 di sola lama, posto quindi in giudiziale sequestro.

Tali essendo le risultanze probatorie deve dirsi acquisita la prova della commissione del reato contestato da parte dell'imputato, pur riqualificato ex art. 4 l. 110/1975.

Sul punto va evidenziato che, secondo un primo indirizzo giurisprudenziale, il porto fuori dall'abitazione di un coltello a serramanico integra il reato di cui alla l. n. 110 del 1975, art. 4, a meno che non si tratti di un coltello a scatto che deve essere definito arma propria e quindi rientra nell'ipotesi di cui all'art. 699 c.p. (v. Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2007, n. 25169; sez. V, 6 ottobre 2003, n. 46 197: "in materia di armi bianche, un coltello a serramanico non a scatto, con lama pieghevole azionabile con manovra manuale, non rientra nella categoria delle armi proprie, la cui detenzione è punita ai sensi dell'art. 699 c.p., ma è qualificabile come arma impropria la cui destinazione naturale non è l'offesa alla persona il cui porto fuori della propria abitazione non sorretto da giustificato motivo è comunque punito con la sanzione prevista dall'art. 1 comma 3 l. 18 aprile 1975 n. 110").

Secondo tale ricostruzione, solo il coltello a serramanico con lama a scatto (automatica) può essere annoverato tra le armi proprie (e quindi integrare la fattispecie dell'art. 699 c.p.), poiché grazie al congegno meccanico che consente l'istantaneo irrigidimento della lama, esso assume caratteristiche simili al pugnale o allo stiletto. Al contrario il coltello la cui lama è semplicemente ripieghevole nel manico, ancorché chiamato anch'esso a serramanico, non è esclusivamente destinato all'offesa alla persona, potendo normalmente essere impiegato negli usi più svariati, come quelli domestici, agricoli, sportivi, anche se, occasionalmente, può essere adoperato come arma, in tal senso impropria.

Secondo una ricostruzione più recente, invece, quali che siano le particolari caratteristiche di costruzione del "coltello", il discrimine tra l'arma impropria (cioè lo strumento da punta e/o da taglio atto ad offendere) e l'arma propria è costituito dalla presenza delle caratteristiche tipiche delle armi bianche corte, quali, appunto, i pugnali o gli stilette e, cioè, la punta acuta e la lama a due tagli (Cass. sez. I, del 09/04/2014, n. 19927). Secondo tale tesi, in altri termini, la distinzione non sarebbe data dalle caratteristiche costruttive dell'arma, bensì dalla lama: "il coltello a serramanico o il coltello a scatto non costituiscono necessariamente un'arma (bianca) propria per cui non è ammessa licenza, il cui porto fuori dall'abitazione integra il reato di cui all'art. 699 c.p., comma 2 (e non già comma 1): perché il fatto sia idoneo a realizzare il più grave reato punito, a titolo di fattispecie autonoma, dal secondo comma della norma incriminatrice, occorre che il coltello oggetto

di porto abusivo più che essere dotato di un congegno a scatto che consenta la fuoriuscita della lama dal manico senza la necessità di una manovra di estrazione manuale, e il successivo bloccaggio della lama stessa in assetto col manico - possieda le caratteristiche tipiche di un pugnale o di uno stiletto, rappresentate dalla presenza di una punta acuta e di una lama a due tagli" (Cass. sez. I, 5/2/2019, n. 8032).

Nel caso in esame, pertanto, quale che sia la tesi che si adotti, considerato che non è emerso che il coltello avesse la lama a scatto automatica né che fosse dotato di punta acuta e lama a due tagli, va ritenuta integrata la fattispecie dell'art. 4 l. 110/1975.

(omissis)

In merito alla possibilità di applicare l'art. 131 bis c.p.p., il presente Giudice ritiene che non vi siano gli estremi per qualificare il fatto come particolarmente tenue, considerato che l'imputato è gravato da un precedente, pur datato, per guida in stato di ebbrezza e considerato che, secondo l'agente escusso, l'imputato si presentava in evidente stato di ebbrezza alcolica (si veda verbale perquisizione e sequestro). Va inoltre evidenziato che la signora che contattava la Centrale Operativa, sig. *(omissis)*, riferiva che l'imputato (che successivamente la stessa indicava agli agenti quale uomo che possedeva un coltello) profferiva frasi minacciose (dichiarazioni utilizzabili come fatto storico di cui l'agente di P.G. è a conoscenza ex artt. 195 comma 4 ultimo periodo c.p.p.).

In tema di possesso di armi, lo negazione della particolare tenuità del fatto, ai fini dell'applicazione dell'art. 131 bis c.p.p., non impedisce la qualificazione di lieve entità del medesimo fatto, ai fini del riconoscimento dell'attenuante prevista nell'art. 4, comma terzo, legge n. 110 del 1975"; la giurisprudenza ha affermato che la lieve entità del fatto va riferita alla quantità degli oggetti, alle modalità d'uso degli stessi, cioè alla condotta del soggetto e alla personalità dell'imputato in una valutazione complessiva del fatto reato che rientra nei poteri discrezionali del giudice di merito e sfugge al sindacato di legittimità, se logicamente coerente e congrua (Cass. pen., sez. I, 9 maggio 1992, n. 5435, Lavalle).

(omissis)

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo Pescara Sez. I – sent. 22 luglio 2019, n. 193 – pres. Ianigro – est. Balloriani

**Accesso agli atti amministrativi – Email richiamata nell’atto impugnato proveniente da computer privato – Diritto di accesso - Sussiste
Email rimaste nella disponibilità del privato che ha concorso alla formazione dell’atto amministrativo – Obbligo della P.A. di acquisirle – Sussiste**

La P.A. non può esimersi dal consentire l’accesso agli atti di una procedura concorsuale nell’ipotesi in cui, alla formazione dei medesimi, abbiano contribuito email pervenute da computer privati dei commissari della stessa procedura concorsuale poiché, in tale ipotesi, dette mail hanno avuto ad oggetto lo svolgimento di funzioni pubblicistiche. (1)

Nell’ipotesi in cui le mail siano rimaste nella disponibilità del privato, che ha concorso alla formazione dell’atto amministrativo, ricorre l’obbligo della P.A. di acquisirle. (2)

(omissis)

Considerato che:

- la ricorrente, con istanza di accesso del 22 ottobre 2018, ha chiesto, tra l'altro, alla Università resistente l'accesso ai "2) messaggi di posta elettronica circolati tra i membri della Commissione nei giorni 24, 27 e 30 Luglio 2018" e alla "7) email menzionata a pagina 26, terz'ultimo capoverso, del Verbale n. 1";
- con nota del 15 novembre 2018 l'Università le ha messo a disposizione l'altra documentazione richiesta ma ha precisato che "per quanto concerne il punto 2 e il punto 7 della domanda, il settore detentore dei documenti (Settore Personale Docente e Rapporti con la Asl) si è riservato di chiedere parere sulla ostensibilità degli stessi all'Area Affari Legali di questo Ateneo ed è in attesa di risposta";
- perdurando l'inerzia, la ricorrente ha quindi presentato il ricorso in epigrafe chiedendo l'ostensione delle email succitate;
- con la propria relazione depositata in giudizio, l'Università resistente ha rappresentato che "questa amministrazione, pur consapevole degli obblighi imposti ex L. n. 241 del 1990, non ha potuto soddisfare la richiesta della ricorrente non essendo in possesso del materiale in questione. Difatti, le e-mail reclamate sono intercorse esclusivamente tra i membri della Commissione i quali hanno fatto uso di computer privati né le mail in parola sono pervenute o acquisite dall'Ateneo agli atti della procedura. L'accesso può concretamente aver luogo solo se esista un atto adottato o un documento acquisito agli atti del procedimento; ciò posto, il rimedio dell'accesso non può essere utilizzato per indurre o costringere l'Amministrazione a formare atti nuovi rispetto a documenti amministrativi già esistenti, potendo, invece, essere invocato esclusivamente al fine di ottenere il rilascio di copie di documenti già formati e materialmente esistenti presso gli archivi dell'Amministrazione ... Solo per spirito di precisione si evidenzia che il contenuto delle mail, scambiate tra terminali privati, potrebbe essere di natura anche strettamente confidenziale o con riferimenti alla vita privata. Per la detta ragione, in alcun modo, la resistente può pretendere, anche in via coattiva, l'ostensione dello scambio epistolare intercorso tra i membri della Commissione";
- ciò posto, questo Tribunale ha disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei membri della commissione autori delle mail in questione (prof.ri ... *omissis* ...), affinché potessero rappresentare anche eventuali particolari esigenze di riservatezza in ordine al contenuto di alcuna di esse; la parte ricorrente ha adempiuto all'ordine di integrazione depositando l'8 maggio 2019 le cartoline di ricevimento, nessuno tuttavia si è costituito in giudizio;
- all'udienza del 11 giugno 2019 la causa è passata in decisione;
- il ricorso è fondato;
- ai sensi dell'articolo 25 comma 4 della L. n. 241 del 1990 "decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta"; e nel caso di specie si è pertanto formato un provvedimento tacito di rigetto, attraverso la cui impugnazione il Collegio è chiamato in realtà a decidere sulla fondatezza della pretesa (cfr. Consiglio di Stato sentenza 906 del 2019);

- nel caso in esame, come evidenziato dalla ricorrente, nel verbale n. 1 della commissione giudicatrice (di predeterminazione dei criteri di valutazione), a pag. 26, è scritto che "Il Segretario invia il verbale sin qui redatto a mezzo di posta elettronica agli altri commissari. Dopo ampia discussione collegiale, i Commissari predeterminano i criteri della valutazione come contenuti nel presente verbale. I commissari rendono per e-mail apposita dichiarazione di approvazione dei criteri concordati", mentre nella successiva pag. 27 è specificato che "... la riunione collegiale è servita per avere uno scambio sincrono e progressivo di opinioni già ampiamente discusse mediante messaggi di posta elettronica circolati tra i membri della commissione nei giorni 24, 27 e 30 luglio 2018 e di telefonate";

- ciò premesso, se ne desume che le email in questione hanno avuto a oggetto l'esercizio di funzioni pubblicistiche e sono pertinenti al procedimento in questione, sicché non possono essere qualificate come corrispondenza privata, salva la possibilità, in sede di acquisizione, di stralciare frasi che esulano del tutto dalla questione in esame (cfr. Tar Firenze sentenza 1375 del 2016; Consiglio di Stato 1113 del 2015);

- le medesime, inoltre, proprio perché citate *per relationem* nel verbale succitato devono essere acquisite al procedimento, sicché l'Amministrazione non può giustificare la mancata ostensione con la propria inottemperanza all'obbligo di acquisizione;

- peraltro, le parti controinteressate, citate nel presente giudizio, sono obbligate, ai sensi dell'articolo 60 cpa, a collaborare con l'Amministrazione al deposito in giudizio delle succitate email, nei limiti sopra chiariti;

- le spese seguono il criterio della soccombenza e sono liquidate in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e ordina all'Amministrazione di provvedere alla ostensione delle email indicate in motivazione entro 30 giorni dalla notifica o comunicazione della presente sentenza.

NOTA (1) (2)

La sentenza in argomento affronta tre ordini di problemi. Il primo è costituito dall'idoneità o meno di una e-mail ad integrare un atto amministrativo. Il secondo è costituito, nell'ipotesi in cui nel procedimento amministrativo siano intervenute manifestazioni di volontà attraverso email personali, dalla possibilità di accedere a tale email attraverso i meccanismi predisposti dalla legge 241 del 1990.

Infine se sussiste o meno un obbligo della Pubblica Amministrazione di acquisire dette email e se tale acquisizione è ostacolata dal diritto alla riservatezza.

Il primo problema è facilmente risolvibile attraverso il ricorso al dettato dell'art. 22 della legge 241/1990 il cui comma 1 alla lettera d) recita: Ai fini del presente capo si intende: ... " d) per "documento amministrativo", ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;" elencazione che, sicuramente, comprende anche le email.

Il secondo ordine di problemi è stato risolto dal TAR locale conformandosi all'orientamento giurisprudenziale intrapreso dalle decisioni in precedenza in tale ambito e richiamate nella sentenza in argomento.

Infatti già il Consiglio di Stato con la decisione n. 1113/205 ha avuto modo di affermare che: "In relazione alla natura di documento, il contenuto dell'e-mail non può ritenersi corrispondenza privata in quanto il Presidente ha provveduto a rendere edotti gli uffici dell'amministrazione dell'esistenza di tale informativa. Così facendo ha reso egli stesso di rilevanza pubblica il documento. Non è un caso che la parte privata è venuta a conoscenza dell'esistenza dell'e-mail perché il responsabile del procedimento, nell'atto di diniego dell'accesso, ha fatto ad essa riferimento mediante il rinvio all'"allegato 5". Si trattava dunque di un documento ormai detenuto dall'amministrazione. La tesi dell'appellante sarebbe stata corretta se il Presidente avesse mantenuto in "forma privata" la corrispondenza ricevuta, assegnandole valenza non rilevante ai fini dell'attività istituzionale dell'ente."

In senso analogo il Tar Toscana "Il giudice amministrativo d'Appello ha ritenuto che in tale definizione debbano essere ricomprese anche le email interne agli uffici che non rappresentino corrispondenza

meramente privata in quanto afferenti ad argomenti inerenti l'esercizio di funzione pubbliche ancorché promananti da organi politici e non burocratici.

Nel caso di specie non vi sono ragioni per considerare la email in questione alla stregua di corrispondenza privata attenendo essa alle modalità di svolgimento di una seduta del Consiglio comunale in relazione ad un argomento iscritto all'ordine del giorno.

Né può negarsi l'interesse della Società ricorrente alla sua conoscenza posto che l'argomento trattato ineriva al contenzioso in essere fra la stessa ed il Comune.

Peraltro, qualora la lettera in questione contenesse dichiarazioni o apprezzamenti estranei all'esercizio di pubbliche funzioni gli stessi potranno essere stralciati dalla copia che dovrà essere fornita ai ricorrenti." (TAR Toscana n. 1375/2016)

Relativamente alla pretesa inaccessibilità della corrispondenza in argomento, attesa la sua natura di corrispondenza privata, valgono le considerazioni sopra riportate ovvero sia che nel momento in cui, in qualche modo, le mail entrano a far parte integrante di un atto o provvedimento amministrativo, automaticamente, contribuiscono ad integrarlo ed a farne parte dal che ne consegue l'accessibilità del contenuto delle medesime.

Quanto al rapporto con il diritto alla riservatezza è da dire che fatta salva la particolare tutela dei dati c.d. supersensibili (stato di salute e vita sessuale) e di quelli c.d. sensibili e giudiziari, in tema di accesso ai documenti amministrativi le necessità difensive, riconducibili alla effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost., debbano ritenersi, di regola, prevalenti rispetto a quelle della riservatezza dinanzi alla dimostrazione circa la sussistenza dell'interesse ad acquisire tutte le informazioni contenute nei documenti richiesti con la domanda di accesso documentale (Cons. Stato n. 7378/2019).

Tale orientamento della giurisprudenza amministrativa di vertice è costantemente condiviso anche da quella di primo grado la quale, anche in tempi recenti, ha ricordato che in materia di pubblici concorsi, le domande e i documenti prodotti dai candidati, i verbali, le schede di valutazione e gli stessi elaborati di un concorso pubblico costituiscono documenti rispetto ai quali deve essere esclusa in radice l'esigenza di riservatezza a tutela dei terzi (T.A.R. Sicilia Palermo Sez. I, 28/10/2019, n. 2490).

D'altra parte tale orientamento è in linea con la legislazione comunitaria.

Infatti seppure il Reg. UE n. 679/2016, all'art. 9, afferma che: "1. È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona." Pur tuttavia aggiunge che: "2. Il paragrafo 1 non si applica se si verifica uno dei seguenti casi:

...
e) il trattamento riguarda dati personali resi manifestamente pubblici dall'interessato;

f) il trattamento è necessario per accertare, esercitare o difendere un diritto in sede giudiziaria o ogniqualvolta le autorità giurisdizionali esercitano le loro funzioni giurisdizionali;"

Su tale solco si è sempre mossa la giurisprudenza amministrativa secondo cui, appunto "sulla scorta del principio giurisprudenzialmente consolidato secondo il quale, fatta salva la particolare tutela dei dati c.d. supersensibili (stato di salute e vita sessuale) e di quelli c.d. sensibili e giudiziari, "In tema di accesso ai documenti amministrativi le necessità difensive, riconducibili alla effettività della tutela di cui all'art. 24 Cost., debbano ritenersi, di regola, prevalenti rispetto a quelle della riservatezza dinanzi alla dimostrazione circa la sussistenza (non solo della legittimazione, ma anche) dell'interesse ad acquisire tutte le informazioni contenute nei documenti richiesti con la domanda di accesso documentale" (Cons. Stato, n. 7379/2019)

Da ultimo è sicuramente condivisibile l'affermazione secondo cui l'inerzia dell'amministrazione nell'acquisire detta corrispondenza elettronica non possa costituire una valida ragione giustificatrice del rifiuto a consentire l'accesso.

Pierluigi De Nardis

Tar Abruzzo – L'Aquila (sezione prima) – sent. 16 maggio 2019, n. 259 – pres. Realfonzo – est. Colagrande

Elettorale – Questione di legittimità costituzionale dell'articolo 17/V della Legge Regione Abruzzo n. 9 del 2013 – Manifesta infondatezza

Va respinto il ricorso con cui era stato chiesto l'annullamento e/o la riforma del verbale delle operazioni dell'Ufficio Centrale Regionale Elettorale costituito presso la Corte di Appello di L'Aquila del 23/2/2019, relativo al criterio di calcolo, ai fini dell'attribuzione dei seggi consiliari, della cifra elettorale delle liste che, nella competizione elettorale del 10 febbraio 2019 per l'elezione del Presidente della Regione Abruzzo e il rinnovo del Consiglio regionale, non hanno conseguito la maggioranza dei voti utili per la nomina del Presidente ad esse collegato. (1)

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 17/V della Legge Regione Abruzzo n. 9 del 2013. (2)

FATTO

I ricorrenti agiscono nella veste di cittadini elettori e candidati alla carica di Consigliere Regionale, nella consultazione elettorale del 10 febbraio 2019, con la coalizione delle liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini per il rinnovo del Consiglio regionale d'Abruzzo.

Deducono che, pur essendo risultati i più votati nelle liste circoscrizionali delle diverse Province nelle quali si sono presentati, non sono stati proclamati eletti alla carica di Consigliere Regionale dall'Ufficio Centrale Regionale Elettorale, costituito presso la Corte di Appello dell'Aquila, che ha proceduto alla proclamazione del Presidente della Giunta regionale Marco Marsilio e all'attribuzione alla coalizione vincente di 17 dei 31 seggi, di cui si compone il Consiglio regionale, in virtù del premio di maggioranza previsto dall'art. 17 della L.R. n. 9/2013.

I restanti 14 seggi, due dei quali attribuiti di diritto al Presidente eletto e al candidato alla carica che ha riportato il secondo miglior risultato, sono stati ripartiti come segue: 5 seggi alla coalizione di liste collegate al candidato Giovanni Legnini e 7 seggi alla lista collegata alla candidata Sara Marozzi (corrispondenti alle posizioni 3, 7, 11, 16, 20, 25 e 29 nella graduatoria dei quozienti al "Movimento 5 Stelle"), nonostante la coalizione di liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini abbia riportato 183.580 voti e la lista "Movimento 5 Stelle" abbia conseguito 118.393 voti.

(omissis)

Il ricorso è affidato ad un articolato motivo di ricorso con il quale l'operato dell'Ufficio Centrale Regionale Elettorale viene censurato per violazione e falsa applicazione art. 17, comma 5, legge regionale Abruzzo n. 9 del 2013, con particolare riferimento alle lett. c), e) g) - violazione e falsa applicazione art. 4, comma 1, della stessa legge - necessità e possibilità di una interpretazione di tali disposizioni conforme alla ratio della legge regionale 9/2013, e soprattutto ai principi costituzionali di rappresentatività dell'assemblea regionale e di eguaglianza del voto, al principio di ragionevolezza e proporzionalità dei meccanismi elettorali di traduzione dei voti in seggi come individuati dalla corte costituzionale nelle decisioni nn. 1/2014 e 35/2017, al principio di rappresentatività delle minoranze di cui all'art. 4 della legge 'cornice' n. 165/2004 (artt. 3, 48, 51, 117/3, 122 Cost.) - in subordine, richiesta di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 5, della L.R. Abruzzo n. 9/2013, nella parte in cui non prevede che la distribuzione dei seggi alle minoranze debba avvenire tenendo conto delle coalizioni ove formate, e del risultato elettorale complessivo delle liste unite in coalizione, per contrasto con i parametri costituzionali prima richiamati a sostegno della interpretazione costituzionalmente conforme.

L'Ufficio Centrale Regionale Elettorale dopo aver attribuito due seggi di Consigliere Regionale al Presidente eletto e al candidato che ha riportato il secondo miglior risultato elettorale ha ripartito, con criterio proporzionale, i 29 seggi restanti, 17 dei quali, comprensivi del premio di maggioranza, alla coalizione di liste collegate al candidato proclamato eletto alla carica di Presidente della Giunta Regionale, ai sensi dell'art. 4, comma 5, L.R. n. 9/2013 e 12 seggi alle liste di minoranza sulla base della cifra elettorale (numero dei voti di lista) riportata da ciascun gruppo di liste (liste presentate nelle diverse circoscrizioni con lo stesso contrassegno) e non, come sostenuto dai ricorrenti, sulla base del numero di voti riportati cumulativamente dalle liste che avevano sottoscritto il patto di coalizione (in specie a sostegno del candidato Presidente Giovanni Legnini).

In tal caso il maggior dividendo corrispondente ai voti di coalizione avrebbe determinato un maggior numero di quozienti rispetto ai voti delle singole liste, e quindi l'attribuzione di un maggior numero di seggi in

favore delle liste convergenti sulla candidatura del Presidente Legnini.

Il sistema proporzionale, ispirato alla massima rappresentatività del voto, pur con i correttivi previsti dalla soglia di sbarramento e dal premio di maggioranza, esigerebbe, ai fini della distribuzione dei seggi, di attribuire rilievo al patto di coalizione di minoranza perché portatore di un programma comune del quale il Presidente collegato esprime la sintesi.

Quando esiste un patto di coalizione la nozione di gruppo di liste di cui alla l.r. n. 9/2013 andrebbe pertanto intesa, come risulta esplicitamente da altre leggi elettorali regionali come equivalente della stessa nozione di patto di coalizione,

Al contrario, l'interpretazione dell'Ufficio elettorale, il quale afferma che la legge regionale "fa riferimento alla coalizione solo per liste collegate al presidente eletto" sicché i seggi di minoranza devono essere ripartiti "in base ai voti riportati dalle singole liste aventi il medesimo contrassegno", si presterebbe a censure di incostituzionalità, la cui questione i ricorrenti, in subordine, chiedono al Collegio di sollevare, per violazione dei principi di rappresentatività e uguaglianza del voto laddove comporta l'attribuzione di un maggior numero di seggi ad una lista rispetto a una coalizione che ha riportato più voti.

(omissis)

DIRITTO

La questione sottoposta al Collegio verte sul criterio di calcolo, ai fini dell'attribuzione dei seggi consiliari, della cifra elettorale delle liste che, nella competizione elettorale del 10 febbraio 2019 per l'elezione del Presidente della Regione Abruzzo e il rinnovo del Consiglio regionale, non hanno conseguito la maggioranza dei voti utili per la nomina del Presidente ad esse collegato.

I ricorrenti ritengono che qualora dette liste siano unite da un patto di coalizione la cifra elettorale sulla quale calcolare i quozienti per l'attribuzione dei seggi sia data ai sensi dell'art. 17 della l.r. n. 9/2013 dalla somma dei voti di tutte le liste convergenti nel patto.

(omissis)

Ai fini del decidere il Collegio ritiene necessario un esame delle disposizioni rilevanti in causa.

La legge elettorale abruzzese n. 9/2013 prevede che l'elettore esprima il suo voto per una delle liste circoscrizionali o tracciando un segno sul simbolo della lista o indicando fino a due candidati di sesso diverso in essa iscritti (art.8).

L'unità fondamentale del voto è dunque la lista, in coerenza con l'art. 49 della Costituzione che assegna ai partiti, che la presentano e dei quali la lista elettorale è quindi una proiezione formalizzata, la funzione di tramite fra il corpo elettorale e le assemblee rappresentative.

La volontà elettorale tanto si identifica con il voto di lista che l'art. 9, nel caso siano indicate più liste, dispone che il voto è nullo, ovvero, se le due liste sono collegate allo stesso candidato presidente, il voto viene attribuito solo a quest'ultimo.

Ciò premesso occorre dar conto che la legge regionale n. 9/2013 prevede delle figure derivate dalla nozione di lista:

- il collegamento che è la dichiarazione obbligatoria di ciascuna lista di essere collegata ad un candidato Presidente;
- il gruppo di liste che è l'unione delle liste circoscrizionali identificate dallo stesso contrassegno;
- la coalizione formata da più gruppi di liste che indicano lo stesso candidato Presidente e sottoscrivono un patto di coalizione;

L'art. 4 prevede che alle liste collegate al Presidente eletto è riservata una quota fra il 60% e il 65% dei seggi del Consiglio.

Si tratta di una quota di maggioranza assoluta che la legge regionale, indipendentemente dallo scarto dei voti attribuiti a ciascun candidato Presidente, riconosce alla coalizione di liste collegate al Presidente eletto e serve a garantire la stabilità del governo regionale, valore che la Corte costituzionale ha più volte ritenuto di rango equivalente alla volontà del corpo elettorale espressa attraverso il voto (sentenze n. 239/2018 n. 35 del 2017).

Il comma 5 dell'articolo 2 dispone: "le liste circoscrizionali appartenenti al gruppo o alla coalizione collegati con il candidato Presidente eletto, partecipano congiuntamente all'attribuzione del premio di maggioranza".

Il metodo operativo attraverso il quale il premio di maggioranza viene ripartito fra le liste collegate al Presidente eletto è la cifra elettorale di maggioranza risultante dalla somma dei voti delle liste circoscrizionali riunite in coalizione o che hanno dichiarato il collegamento con il Presidente eletto.

L'art. 17, comma 5 della legge regionale n. 9/2013 stabilisce infatti che l'Ufficio centrale regionale:

- determina la cifra elettorale regionale di maggioranza attribuita alla coalizione di liste ovvero al gruppo di

liste non riunito in coalizione con cui il Presidente eletto ha dichiarato collegamento, sommando le cifre elettorali circoscrizionali attribuite alle singole liste circoscrizionali che ne fanno parte (lettera c);

- divide la cifra elettorale regionale di maggioranza e le cifre elettorali di ciascun gruppo di liste non collegato al Presidente eletto [...] successivamente per 1, 2, 3, 4, ..., e forma una graduatoria in ordine decrescente dei quozienti così ottenuti (lettera e);

- sceglie, tra i quozienti di cui alla lettera e), i più alti, in numero uguale a quello dei seggi da assegnare, e determina in tal modo quanti seggi spettano alla coalizione ovvero al gruppo di liste collegato al Presidente eletto e a ciascun gruppo di liste circoscrizionali non collegato al Presidente eletto (lettera f).

È chiaro che maggiore è la cifra elettorale regionale di maggioranza, maggiore è il numero di quozienti interi rispetto a quello che sarebbe possibile ottenere dividendo le cifre elettorali di ciascun gruppo di liste formato dalle liste circoscrizionali identificate dal medesimo contrassegno (art. 2 comma 3).

Come detto la definizione formale di gruppo di liste è data dall'art. 2 comma 3 secondo il quale le liste circoscrizionali identificate dal medesimo contrassegno formano un gruppo di liste.

L'elemento aggregante delle liste che formano il gruppo è quindi il comune contrassegno.

Ai fini del citato art. 17 la nozione di gruppo di liste è però qualificata da un ulteriore elemento che ne muta radicalmente la consistenza: l'essere o no collegate al Presidente eletto.

Nel primo caso - liste collegate al Presidente eletto - si tratta di gruppo di liste (anche con diverso contrassegno) il cui elemento distintivo e aggregante è il collegamento al Presidente eletto.

Nel secondo caso si tratta di un gruppo di liste circoscrizionali non collegate al Presidente eletto, che in tanto può essere definito gruppo in quanto aggregato dal medesimo contrassegno ai sensi dell'art. 2 comma 3 [liste circoscrizionali identificate dal medesimo contrassegno formano un gruppo di liste].

Il legislatore regionale ha quindi dettato una diversa disciplina, secondo che si tratti di attribuire i seggi alla coalizione o ai gruppi che hanno vinto le elezioni appoggiando il candidato Presidente eletto, ovvero alle altre coalizioni o gruppi di liste ad esso non collegati.

È del tutto evidente allora che il legislatore regionale, ai fini della ripartizione dei seggi, ha inteso differenziare le liste solo mediante il criterio dell'esistenza del collegamento al Presidente eletto, lasciando sul piano dell'irrelevanza l'eventuale patto di coalizione di liste convergenti verso un candidato non eletto, identificate da contrassegni diversi.

Il cumulo delle cifre elettorali (cui consegue il maggior numero di quozienti utili per l'assegnazione dei seggi) di tutte le liste collegate (da un patto di coalizione o da un mero collegamento) al Presidente eletto è infatti un meccanismo strettamente connesso all'attribuzione del premio di maggioranza, perché il numero dei seggi (dal 60% al 65% dei seggi) da assegnare alle forze politiche che sostengono il Presidente eletto potrebbe essere maggiore (specie nel caso in cui lo scarto dei voti sia esiguo) di quello che ciascuna lista avrebbe se si facesse riferimento alla relativa cifra elettorale (è notorio che nel caso concreto il numero di voti ottenuti dal Presidente della Regione in Abruzzo eletto nel 2019 è pari a circa il 48% dei voti attribuiti alle liste e ai [soli] candidati presidenti).

L'interpretazione della disposizione suggerita dai ricorrenti, che presuppone l'estensione del meccanismo del cumulo dei voti delle liste con diverso contrassegno collegate con un patto di coalizione ad un candidato non eletto, non è dunque compatibile con il chiaro tenore della disposizione che riserva detta procedura alle sole liste (comunque, con o senza patto di coalizione) collegate con il candidato eletto.

Né può predicarsene l'interpretazione estensiva o analogica sia perché detto meccanismo, nell'attribuire alla maggioranza relativa maggiore rappresentatività di quella risultante sulla base della ripartizione proporzionale dei seggi, pone un'eccezione al principio di rango costituzionale di equivalenza del voto, sia perché alla fattispecie, che si vorrebbe ad essa ricondurre, difetta l'identità di *ratio*.

La disposizione che calcola i seggi sul totale dei voti delle liste collegate al Presidente eletto in deroga al totale dei voti di lista, che, come detto, è il principio fondante il sistema elettorale, sottende infatti il concorrente interesse alla formazione di una stabile maggioranza assembleare che garantisca il funzionamento dell'organo di governo.

Estendere detto criterio alle liste collegate con un patto di coalizione ad un candidato non eletto, consentirebbe parimenti di derogare al richiamato principio di ripartizione dei seggi sul totale dei voti di lista sebbene ciò non sia funzionale al perseguimento di un interesse di pari rilevanza, come è la stabilità di governo nel caso del premio di maggioranza.

Resta da verificare se la questione introdotta in via subordinata, avente ad oggetto il dubbio di legittimità della legge regionale, così come sopra interpretata, sia non manifestamente infondata.

Il Collegio non condivide la tesi dei ricorrenti.

Innanzitutto non induce al giudizio di non manifesta infondatezza il fatto che altre Regioni italiane abbiano valorizzato il patto di coalizione delle forze di minoranza ai fini dell'attribuzione dei seggi consiliari.

La Corte costituzionale con sentenza n. 239/2018 ha recentemente ribadito che il legislatore gode di un'ampia discrezionalità nella scelta del sistema elettorale a condizione che il suo esercizio non si traduca nell'adozione di una disciplina manifestamente irragionevole (*ex plurimis*, sentenze n. 35 del 2017, n. 193 del 2015, n. 275 e n. 1 del 2014, n. 271 del 2010, ordinanza n. 260 del 2002).

In linea di principio pertanto ciò che ha indotto altre Regioni ad accogliere il principio di ripartizione di tutti i seggi dando rilievo al patto di coalizione non dimostra che la diversa soluzione accolta dalla Regione Abruzzo sia non ragionevole, tanto più se si considera che la legge elettorale abruzzese (art. 16) già attribuisce rilevanza in entrata al patto di coalizione riducendo al 2% la soglia di sbarramento, che per i gruppi di liste non riuniti in coalizione è del 4%.

Peraltro sono diversi e solidi gli argomenti che a parere del Collegio consentono di ritenere la legge elettorale abruzzese coerente con i parametri costituzionali indicati dai ricorrenti.

Se infatti la ratio del cumulo dei voti delle forze politiche convergenti verso il nome del candidato vittorioso è – quale strumento funzionale all'attribuzione del premio di maggioranza - favorire la nascita di un governo stabile in deroga al principio dell'equivalenza del voto, lo stesso criterio non può applicarsi - e la legge regionale ragionevolmente non lo applica – alla ripartizione dei seggi residui alle minoranze che non hanno poteri di governo.

Anzi, l'interpretazione suggerita si esporrebbe al sospetto di essere incostituzionale poiché presuppone una deroga al principio di equivalenza del voto di lista, che, come ricordato in premessa, esprime la volontà elettorale, laddove pretende di applicare un criterio di calcolo del peso elettorale alle liste riunite in coalizione diverso da quello applicabile alle altre liste che partecipano alla competizione elettorale autonomamente.

La tesi sostenuta nel ricorso muove infatti dal presupposto indimostrato e privo di fondamento positivo o dogmatico, che il patto di coalizione fra forze politiche, che non esprimono la maggioranza di governo e che non possono quindi invocare la governabilità quale compensazione del maggior peso da attribuirsi ai voti conseguiti dalla coalizione, sia in grado di differenziare una minoranza dall'altra ai fini della rappresentatività nell'assemblea regionale.

Posto che il patto di coalizione sottende un'aspirazione di governo, le liste in esso rappresentate, quando non hanno ottenuto la maggioranza consiliare per realizzarla, non possono ragionevolmente pretendere di avere maggiore rappresentatività sulle altre liste di minoranza con le quali condividono la diversa missione politica di forze di opposizione, perché, in caso contrario, è proprio rispetto alle altre minoranze non riunite in coalizione che potrebbe porsi un dubbio di violazione del principio di parità e uguaglianza del voto.

Il ricorso pertanto è respinto.

Le spese in ragione della novità delle questioni esaminate possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima), definitivamente pronunciando,

- respinge il ricorso di cui in epigrafe;

- dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17, comma 5, della legge regionale dell'Abruzzo n. 9/2913;

(*Omissis...*)

NOTA (1) (2)

"È la democrazia bellezza, la democrazia! E tu non puoi farci niente!". Parafasando il grande Humphrey Bogart nella battuta finale del film del 1952 di Richard Brooks Deadline-USA (titolo Italiano L'ultima minaccia), ogni cinque anni, salvo imprevisti di percorso che ne determinano una fine anticipata, si rinnovano le assemblee rappresentative, cui seguono, immancabili come le piogge d'autunno, appendici giurisdizionali che sottopongono alla attenzione del giudice amministrativo il risultato elettorale.

La vicenda in commento verte sul criterio di calcolo, ai fini della attribuzione dei seggi consiliari, della cifra elettorale delle liste che, nella competizione del 10 febbraio 2019 per l'elezione del presidente della regione Abruzzo e il rinnovo del consiglio regionale, non hanno conseguito la maggioranza dei voti utili per la nomina del presidente ad esse collegato.

Un breve excursus sulle elezioni regionali ultime. A detta competizione elettorale si sono presentati quattro candidati Presidenti, e precisamente in rigoroso ordine alfabetico: Stefano Flajani (collegato alla lista "Casa Pound Italia"), Giovanni Legnini (sostenuto da una coalizione composta da otto liste a lui collegate), Marco Marsilio (sostenuto da una coalizione composta da cinque liste a lui collegate) e Sara Marcozzi (collegata alla lista "Movimento 5 Stelle").

I ricorrenti sono stati tutti candidati alla carica di Consigliere Regionale nella coalizione delle liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini e, pur essendo risultati i più votati nelle liste circoscrizionali delle diverse Province nelle quali si sono presentati, non sono stati proclamati eletti alla carica di Consigliere Regionale dal verbale delle operazioni elettorali del 23 febbraio dell'Ufficio Centrale Regionale Elettorale, costituito presso la Corte di Appello de L'Aquila, a mezzo del quale è avvenuta la proclamazione del Presidente della Giunta Regionale e la proclamazione dei Consiglieri Regionali di maggioranza e delle minoranze.

L'Ufficio Centrale Regionale Elettorale ha, nello specifico, proclamato eletto alla carica di Presidente della Giunta Regionale Marco Marsilio, che ha riportato n. 299.503 voti. Ha, altresì, proclamato, ai sensi dell'art. 4/I L.R. Abruzzo n. 9/2013, l'elezione a Consigliere Regionale del candidato alla carica di Presidente della Giunta Regionale che ha conseguito un numero di voti immediatamente inferiore, individuato nella persona di Giovanni Legnini, che ha riportato n. 195.146 voti validi.

Gli altri due candidati Presidenti, Sara Marcozzi e Stefano Flajani, hanno riportato, rispettivamente, 125.675 voti validi e 2.947 voti validi. Pertanto, essendosi i predetti collocati al terzo e quarto posto, in base alla Legge Regionale non è stato attribuito a tali risultati alcun riconoscimento di natura elettiva.

L'Ufficio Centrale Regionale Elettorale ha proceduto, quindi, alla ripartizione dei seggi e, a tal fine, ha quantificato in 294.847 il totale dei voti validi della coalizione "Marsilio Presidente", in 183.580 i voti validi della coalizione "Legnini Presidente", in 118.393 i voti validi della lista "Movimento 5 Stelle" collegata alla candidata Sara Marcozzi e in 2.553 i voti validi della lista Flajani collegata a "Casa Pound".

Il sistema elettorale della Regione Abruzzo prevede che i primi due seggi di Consigliere Regionale vengano attribuiti al Presidente eletto e a quello risultato secondo; per quanto riguarda i restanti 29 seggi, che gli stessi vengono assegnati con criterio proporzionale, riconoscendo alla coalizione di liste collegate al candidato proclamato eletto alla carica di Presidente della Giunta Regionale un premio di maggioranza, ai sensi dell'art. 4/V L.R. Abruzzo n. 9/2013.

L'Ufficio Centrale Regionale Elettorale, ai fini dell'attribuzione dei 29 restanti seggi, ha così proceduto, ai sensi dell'art. 17 della L.R. Abruzzo n. 9/2013, a determinare la cifra elettorale regionale di maggioranza e ad attribuire alla coalizione di liste collegate al candidato Marco Marsilio n. 17 seggi di Consigliere Regionale in virtù del premio di maggioranza.

Per i restanti 12 seggi, non avendo raggiunto la lista "Casa Pound" con il candidato Presidente Stefano Flajani, la cifra minima per essere ammessa alla ripartizione dei seggi, l'Ufficio Centrale Regionale Elettorale ha proceduto alla ripartizione tra le liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini e la lista collegata alla candidata Presidente Sara Marcozzi.

Senonché, nonostante la coalizione di liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini abbia riportato, come detto, 183.580 voti e il "Movimento 5 Stelle" abbia conseguito 118.393 voti, l'attribuzione dei seggi effettuata dall'Ufficio Centrale Regionale Elettorale con verbale del 23 febbraio 2019 è stata di 5 seggi alla coalizione di liste collegate al candidato Giovanni Legnini e di 7 seggi alla lista collegata alla candidata Sara Marcozzi.

Con ricorso ex art. 130 C.P.A. al T.A.R. de L'Aquila, i ricorrenti, tutti nella duplice qualità di cittadini elettori della Regione Abruzzo e di primi dei Consiglieri Regionali non eletti alle elezioni svoltesi il 10 febbraio 2019 nelle rispettive circoscrizioni (Teramo, L'Aquila, Pescara e Chieti) in liste facenti parte della coalizione di liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini, hanno così richiesto: a) in via principale, l'annullamento e/o la riforma del mentovato verbale delle operazioni dell'Ufficio Centrale Regionale Elettorale del 23 febbraio 2019, nella parte in cui ha attribuito alla lista "Movimento 5 Stelle" n. 7 seggi di Consigliere Regionale invece di n. 5 e alla coalizione di liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini n. 5 seggi di Consigliere Regionale invece di n. 7; nonché di ogni altro ulteriore atto e provvedimento connesso, collegato o conseguente, anche se non conosciuto, e, previa correzione del risultato elettorale, l'attribuzione di 2 seggi alla coalizione di liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini e alla conseguente proclamazione alla carica di Consiglieri Regionali; b) in subordine, il sollevamento di questione di legittimità costituzionale nei confronti dell'art. 17, comma 5, della L.R. Abruzzo 9/2013, per violazione degli artt. 3, 48, 51, 117, comma 3, 122 Cost., nella parte in cui tale

disposizione non prevede (*rectius*: non rendesse possibile) che l'assegnazione dei seggi spettanti alle minoranze venga effettuata calcolando il dato numerico-elettorale dei voti espressi in favore della coalizione di liste collegate con il candidato Presidente non eletto, e non quello delle singole liste circoscrizionali.

Con la sentenza n. 259/2019 del 16.5.2019 il Tar Abruzzo sezione staccata di L'Aquila, muovendo dall'esame delle disposizioni rilevanti in causa di cui alla L.R. Abruzzo n. 9/2013, soffermandosi in particolare sull'art. 17/V della medesima, perviene alla conclusione secondo cui il legislatore regionale avrebbe dettato una diversa disciplina, a seconda che si tratti di attribuire i seggi alla coalizione o ai gruppi che hanno vinto le elezioni, appoggiando il candidato Presidente eletto, ovvero alle altre coalizioni o gruppi di liste ad esso non collegate.

Ad avviso del Collegio il cumulo delle cifre elettorali (cui consegue il maggior numero di quozienti utili per l'assegnazione dei seggi) di tutte le liste collegate (da un patto di coalizione o da un mero collegamento) al Presidente eletto sarebbe un meccanismo strettamente connesso all'attribuzione del premio di maggioranza; l'interpretazione proposta dai ricorrenti, per converso, sarebbe incompatibile col tenore della disposizione che riserverebbe detta procedura alle sole liste (comunque, con o senza patto di coalizione) collegate con il candidato eletto; né potrebbe predicarsene l'interpretazione estensiva o analogica, sia perché il meccanismo, nell'attribuire alla maggioranza relativa maggiore rappresentatività di quella risultante sulla base della ripartizione proporzionale dei seggi, porrebbe un'eccezione al principio di rango costituzionale di equivalenza del voto, sia perché difetterebbe l'identità di ratio.

Quanto all'esame della questione di legittimità costituzionale, per il Giudice di prima istanza non indurrebbe al giudizio di non manifesta infondatezza il fatto che altre Regioni italiane abbiano valorizzato il patto di coalizione delle forze di minoranza ai fini dell'attribuzione dei seggi consiliari. Ciò alla luce dell'ampia discrezionalità del legislatore regionale in materia elettorale, come recentemente ribadita dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 239/2018): tanto più, avendo già il legislatore regionale abruzzese (all'art. 16 della L.R. n. 9/2013) attribuito rilevanza "in entrata" al patto di coalizione riducendo al 2% la soglia di sbarramento. Diversamente, vi sarebbero argomenti militanti nel senso di ritenere la legge elettorale abruzzese in linea con i parametri costituzionali indicati dai ricorrenti. Non potendo lo stesso criterio di ripartizione dei seggi valevole per la maggioranza, funzionale ad assicurare la governabilità, applicarsi per le minoranze.

Sarebbe sospetta di incostituzionalità, invece, poiché presupporrebbe una deroga al principio di equivalenza del voto di lista, proprio l'interpretazione proposta dai ricorrenti, in quanto volta ad applicare un criterio di calcolo del peso elettorale alle liste riunite diverso da quello applicabile alle altre liste che hanno partecipato alla competizione elettorale autonomamente; infondato, inoltre, risulterebbe il presupposto in virtù del quale il patto di coalizione fra forze politiche non esprime la maggioranza di governo e, quindi, impossibilitate ad invocare la governabilità quale compensazione del maggior peso da attribuirsi ai voti conseguiti dalla coalizione, sia in grado di differenziare una minoranza dall'altra ai fini della rappresentatività nell'assemblea regionale. Conclude il Tar nel senso che, posto che il patto di coalizione sottenderebbe ad un'aspirazione di governo, le liste in esso rappresentate, quando non abbiano ottenuto la maggioranza consiliare per realizzarla, non potrebbero ragionevolmente pretendere di avere maggiore rappresentatività sulle altre liste di minoranza con le quali condividono la diversa missione politica di forze di opposizione, perché, in caso contrario, potrebbe porsi un dubbio di violazione del principio di parità e uguaglianza del voto.

La sentenza del Giudice di prime cure, che ha validato l'operato dell'Ufficio Centrale Regionale Elettorale, non risulta tuttavia esente da notazioni critiche visto che essa ha prodotto, prendendo in prestito le parole della sentenza n. 1/2014 della Corte Costituzionale, una così "eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo di rappresentanza politica e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto".

Il principio di rappresentatività del voto e del criterio proporzionale risulta infatti visibilmente rovesciato, dal momento che allo schieramento politico che ha riportato 1/3 circa di voti in meno sono stati attribuiti due seggi in più rispetto a quello che ha conseguito una percentuale di voti chiaramente superiore (31,28% contro il 20,20%).

Opinabile appare altresì l'interpretazione resa dell'art. 17 L.R. Abruzzo n. 9/2013 che ha assegnato i 12 seggi delle minoranze alle singole liste circoscrizionali collegate al candidato presidente non eletto, senza tener nel debito conto la coalizione di liste collegate al candidato presidente non eletto.

La L.R. Abruzzo n. 9/2013 prevede un sistema elettorale di tipo proporzionale (art. 1, comma 2, art. 4, comma 1), vincola la presentazione delle liste alla dichiarazione di collegamento con uno dei candidati alla carica di Presidente della Giunta regionale (art. 2, comma 1), prevede la possibilità di indicare un patto di

coalizione con uno dei candidati alla carica di Presidente della Giunta Regionale (art. 4, comma 4) e preclude l'esercizio del voto disgiunto (art. 9, comma 3).

Il che vale a delineare un sistema elettorale in cui la proporzionalità è riferibile alle coalizioni formatesi in relazione a ciascun candidato Presidente, la cui caratteristica dovrebbe essere quella di rappresentare in modo tendenzialmente fedele gli orientamenti del corpo elettorale e la distribuzione delle preferenze tra le forze politiche. E questo ancor più chiaramente in un modello elettorale, quello delle Regioni, di stampo presidenziale, ove cioè il corpo elettorale vota per un candidato Presidente, a cui si legano coalizioni di liste di candidati consiglieri.

Anche in un contesto proporzionalistico sono certamente ammessi, come effettivamente previsti anche dalla L.R. Abruzzo n. 9/2013, meccanismi ed istituti che possono determinare effetti correttivi sull'attribuzione dei seggi, sia in entrata (pensiamo alle soglie di sbarramento), sia in uscita (premio di maggioranza), ma solo nella misura in cui questi correttivi siano necessari e adeguati per favorire la realizzazione di altri interessi costituzionalmente garantiti, come ad esempio la stabilità delle maggioranze di governo e degli esecutivi. D'altro canto, è noto che gli stessi meccanismi matematici di calcolo utilizzati per il 'peso' dei voti e per l'assegnazione dei seggi possono contenere elementi di parziale asimmetria tra le percentuali di voto e la quantità di seggi corrispondentemente assegnati. Ma si tratta di dissonanze parziali, corrispondenti a pochi punti percentuali, spesso rafforzative delle tendenze emerse dal voto.

Nella già citata sentenza n. 1/2014 la Corte Costituzionale afferma chiaramente che "qualora il legislatore adotti il sistema proporzionale, anche solo in modo parziale, esso genera nell'elettore la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita", ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare".

In un sistema proporzionale la direzione del meccanismo legislativo deve ragionevolmente andare il più possibile verso condizioni di eguaglianza del voto e delle sue proiezioni sul diritto di accesso alla carica elettiva.

Nel caso in esame, invece, il modo di interpretare e applicare la legge elettorale regionale ha condotto ad un esito profondamente modificativo, che ha alterato e anzi ribaltato il rapporto di corrispondenza tra voti e seggi, che i sistemi proporzionali vogliono assicurare in modo tendenzialmente coerente. Le cifre parlano chiarissimo. La coalizione di liste collegate al candidato Presidente Giovanni Legnini ha riportato 183.580 voti, mentre il "Movimento 5 Stelle" di voti ne ha riportati 118.393, eppure il "Movimento 5 Stelle" si trova ad aver avuto 7 seggi di Consigliere e la coalizione di liste Legnini soltanto 5.

La lettura del Giudice di prime cure diviene fragilmente formalistica nel momento in cui distingue, nell'ambito della stessa nozione di coalizione, a seconda che si tratti della coalizione che ha vinto le elezioni esprimendo il Presidente eletto, oppure delle altre coalizioni diverse da quella vincente.

La norma principale che viene in evidenza è l'art. 17 della L.R. 9/2013, e in particolare il comma 5 alle lettere c) ed e), in cui l'espressione utilizzata dal legislatore richiama implicitamente un modello, quello della coalizione o gruppo di liste, che pervade l'intero impianto della legge elettorale abruzzese. Non si coglie il senso dell'affermazione secondo cui, quando parla di 'gruppo di liste', il legislatore si riferisce solo alle liste collegate con il Presidente eletto. Ciò per il semplice fatto che alla lett. e) la medesima espressione è chiaramente utilizzata in un contesto che non riguarda la coalizione vincente ma appunto le liste (rectius: il gruppo di liste) non collegate al Presidente eletto. Ed è evidente che nessuna argomentazione, logica prima ancora che giuridica, vale a giustificare la lettura del punto e) alla luce del punto g), anziché il contrario.

La legge elettorale della Regione Abruzzo appare quindi interpretabile e applicabile secondo un diverso orientamento che tenga conto, ove costituite, delle coalizioni anche oltre la mera esigenza di far scattare il premio di maggioranza per le liste collegate al candidato Presidente eletto, al fine di produrre un risultato che sia coerente e compatibile con la struttura proporzionale del sistema elettorale vigente. Il patto di coalizione non può essere infatti ricondotto ad un mero stratagemma utile a vincere le elezioni, ma è un preciso impegno politico e programmatico davanti agli elettori, che orienta e determina la scelta del corpo elettorale verso una condivisa proposta di governo, che deve potersi riflettere anche sul momento post elettorale, proprio nell'ottica di garantire un effettivo rispecchiamento della volontà degli elettori.

Soccorre sul punto la nota sentenza della Corte Costituzionale del 12 settembre 1995 n. 429, relativa alla Legge Elettorale per i Sindaci del 1993, che costituisce un modello per le scelte in materia elettorale compiute dalla gran parte dei legislatori regionali. In essa si legge che "il collegamento di più liste ad un candidato alla carica di sindaco presuppone l'omogeneità del programma politico che si intende realizzare

e prefigura, nell'ambito del Consiglio comunale, una coalizione che rispecchi il raggruppamento dichiarato prima della votazione per l'elezione del sindaco. L'aggregazione è destinata ad operare tanto per la maggioranza che per le minoranze. Difatti, il candidato alla carica di sindaco che non risulti eletto è il primo proclamato eletto alla carica di consigliere, se il gruppo di liste a lui collegate ha ottenute almeno un seggio. I gruppi di liste collegate manifestano, dunque, aggregazioni che si presentano come stabili. Sommare i voti ottenuti dalle singole liste collegate per comporre la cifra elettorale complessiva dei gruppi sia della maggioranza che delle minoranze ai fini dell'assegnazione dei seggi rispecchia questa realtà e non costituisce un arbitrario trasferimento di voti da una lista ad un'altra. Né altera l'espressione del voto incentivare, riducendo la dispersione nell'utilizzazione dei voti, la libera aggregazione di liste diverse, le quali, pur mantenendo la propria identità, concorrono nel proporre al corpo elettorale programmi politici convergenti". Prosegue la sentenza precisando che "il rilievo riconosciuto, nell'attribuzione dei seggi, al collegamento tra liste non limita in alcun modo la possibilità di concorrere democraticamente a determinare la composizione e la scelta degli organi politici rappresentativi. Il collegamento stesso rappresenta una libera opzione delle formazioni politiche interessate, che partecipano alle scelte politiche presentandosi alla competizione elettorale con l'enunciazione di un'affinità programmatica. Il criterio di determinazione della cifra elettorale consente anche, con tale collegamento ed in ragione di esso, di attribuire talvolta alle formazioni minori una propria rappresentanza in un organo dal quale, altrimenti, potrebbero rimanere escluse".

Non è dunque arbitrario né distortivo ritenere che ai fini dell'attribuzione dei seggi si tenga conto dell'esistenza di patti coalizionali, in particolare quando la scelta contraria (cioè non tenerne conto) conduce – come nel caso che ci occupa – ad esiti manifestamente irragionevoli in termini di rovesciamento del rapporto tra voti ottenuti e seggi assegnati.

Di fronte ad un risultato elettorale così marcatamente distortivo e contraddittorio – in cui gli eletti del candidato Presidente terzo classificato superano del 30% gli eletti del secondo classificato, pur avendo riportato il 35% dei voti in meno – appare pienamente sostenibile il bivio correttivo invocato dai ricorrenti. Cioè procedere ad una interpretazione adeguatrice della legge regionale abruzzese, e in particolare ritenere che le lett. b) ed e) dell'art. 17/V della L.R. Abruzzo n. 9/2013, possano essere lette nel senso che, laddove i gruppi di liste hanno stipulato un patto di coalizione, la determinazione della cifra elettorale regionale e il calcolo dei quozienti possa e debba essere effettuato con riferimento al gruppo di liste unito in coalizione; ovvero con la declaratoria di illegittimità costituzionale della stessa per violazione dei principi di eguaglianza del voto e di rappresentatività delle assemblee elettive in un sistema di tipo proporzionale nella parte in cui tale normativa non rendesse possibile che l'assegnazione dei seggi spettanti alle minoranze venga effettuata calcolando il dato numerico elettorale dei voti espressi in favore della coalizione di liste collegate con il candidato Presidente non eletto, e non quello delle singole liste circoscrizionali.

Post scriptum: Nel mentre il presente numero di PQM andava in stampa, il Consiglio di Stato con sentenza del 6 novembre 2019 n. 7578 ha confermato la pronuncia del Tar in commento. Da un lato, ritenendo che al fine del calcolo dei quozienti per l'attribuzione dei seggi alle minoranze occorra far riferimento alla cifra dei gruppi di lista, nozione che identifica l'unione delle liste presentate nelle circoscrizioni elettorali con lo stesso simbolo, e non già la somma dei voti di tutte le liste convergenti nel patto di coalizione. Dall'altro, considerando la Legge regionale n. 9/2013 coerente con i principi costituzionali.

Le sentenze naturalmente si rispettano, fermo restando l'esercizio del diritto di critica visto che nella vicenda che ci ha occupato risulta sempre difficile spiegare alla casalinga (non di Voghera, ma) di Cepagatti perché quella parte di minoranza che ha conseguito nelle ultime elezioni regionali circa 1/3 di voti in meno dell'altra ha ottenuto circa 1/3 di seggi in più.

Si può dunque chiosare con un altro riferimento cinematografico, affermando che per i ricorrenti il paradiso può attendere dal momento che, al di là di una certa retorica politicista, il mestiere sia pure pro tempore di consigliere regionale di opposizione è (per molti, ma non per tutti) tra i più belli del mondo, con responsabilità minime e indennità massime.

Marco Alessandrini

T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara – Sez. I – sent. 6 settembre 2019, n. 208 – pres. Ianigro – est. Perilli

Consorzi per lo sviluppo industriale – Contributi per oneri di infrastrutturazione – Relativa funzione - Natura non tributaria - Successivo trasferimento del lotto – Mero subentro nell'esercizio della medesima attività – Non debenza dei contributi

L'obbligo di versamento ai Consorzi per lo sviluppo industriale dei contributi per oneri di infrastrutturazione, in proporzione all'estensione del lotto assegnato, sorge al momento dell'assegnazione dei relativi lotti, trovando fondamento nella realizzazione delle infrastrutture e dei servizi nell'interesse delle imprese ed allo scopo di consentirne l'insediamento. E', quindi, il rilascio stesso, da parte del Consorzio, dell'assenso alla utilizzazione dei suoli industriali a configurarsi come fatto costitutivo dell'obbligo giuridico del concessionario di corrispondere il relativo contributo per oneri di infrastrutturazione. In sostanza, la funzione di tali contributi è analoga a quella degli oneri di urbanizzazione trattandosi di corrispettivi di diritto pubblico, di natura non tributaria, dovuti per la partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione connesse all'edificazione, la cui obbligazione sorge al momento di assegnazione dei relativi lotti. (1)

Non è previsto, tuttavia, che la corresponsione degli oneri di urbanizzazione e per la gestione delle infrastrutture sia dovuta ad ogni successivo trasferimento di proprietà diretto tra l'iniziale assegnatario ed un successivo acquirente che intenda esercitare nel lotto la medesima attività della società cedente senza modificazioni né ampliamenti. Neppure ciò può ritenersi per implicito, perché, di fatto, costituirebbe una duplicazione contributiva (o addirittura, in caso di più successivi e diretti passaggi, una triplicazione, una quadruplicazione, ecc...). Non può, quindi, ritenersi giustificato il pagamento richiesto da un Consorzio a titolo di oneri di urbanizzazione per il mero diretto trasferimento del complesso industriale. (2)

(omissis)

6.1 Come chiarito dalla giurisprudenza, il contributo per oneri di infrastrutturazione è dovuto in ragione della mera ammissione di un lotto nell'area consortile e non per effetto della effettiva realizzazione delle infrastrutture.

Pertanto l'obbligo di versare, in proporzione all'estensione del lotto assegnato, un contributo per la realizzazione delle opere infrastrutturali che il Consorzio dovrà realizzare nel comparto industriale di riferimento sorge indubbiamente al momento dell'assegnazione dei relativi lotti. Ed infatti il versamento dei contributi da parte dei privati trova fondamento nel fatto che le infrastrutture ed i servizi sono realizzati nell'interesse delle imprese ed allo scopo precipuo di consentirne l'insediamento nella zona di sviluppo industriale, per cui è il rilascio stesso, da parte del Consorzio, dell'assenso alla utilizzazione dei suoli industriali a configurarsi come fatto costitutivo dell'obbligo giuridico del concessionario di corrispondere il relativo contributo per oneri di infrastrutturazione (cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 799 del 20 febbraio 2014), analogamente a quanto avviene per il rilascio del permesso di costruire, che è il fatto costitutivo dell'obbligo di corrispondere gli oneri di urbanizzazione. In sostanza, la funzione di tali contributi è analoga a quella degli oneri di urbanizzazione trattandosi di corrispettivi di diritto pubblico, di natura non tributaria, dovuti per la partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione connesse all'edificazione, la cui obbligazione sorge al momento di assegnazione dei relativi lotti. (cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 20 febbraio 2014, n. 799; 3 giugno 2019, n. 3698 e 3699).

7. Nel caso di specie, è evidente che la società ricorrente non riveste il ruolo di prima assegnataria dell'area, avendo essa acquistato un complesso industriale già realizzato dalla cedente, rispetto al quale il Consorzio intimato ha rinunciato all'esercizio del diritto di prelazione.

Si è altresì anticipato che il Consorzio ha fatto applicazione delle disposizioni di cui al regolamento approvato con deliberazione n. 146 del 1997, sulla cui operatività, con riferimento agli oneri dovuti in caso di cessione, questo T.a.r. si è già pronunciato con sentenza n. 122 del 27 gennaio 2011, non appellata dal Consorzio.

(omissis)

Si è altresì chiarito come risulti evidente che il regolamento prevede unicamente due tipi di contributi aggiuntivi al prezzo di cessione dell'area:

a) quelli a titolo di "oneri di urbanizzazione", chiaramente previsti e dovuti in occasione della domanda di primo insediamento di una attività industriale nell'ambito del piano consortile e contestualmente all'iniziale assegnazione del lotto, sia se la sua proprietà sia stata prima acquisita dal Consorzio e poi trasferita

all'assegnatario, sia nel caso in cui detta proprietà sia già dell'assegnatario o sia dal medesimo direttamente acquisita dal terzo proprietario.

b) quelli dovuti quale "corrispettivo per la gestione delle infrastrutture e dei servizi consortili", cioè per "acquedotti, fognature, depurazione, cartellonistica, ecc...".

Si è altresì condivisibilmente affermato che non è affatto previsto che la corresponsione degli oneri di urbanizzazione e per la gestione delle infrastrutture sia dovuta ad ogni successivo trasferimento di proprietà diretto tra l'iniziale assegnatario ed un successivo acquirente e che ciò neppure può ritenersi per implicito, perché, di fatto, costituirebbe una duplicazione contributiva (o addirittura, in caso di più successivi e diretti passaggi, una triplicazione, una quadruplicazione, ecc. ...).

7.1. Il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dal detto precedente, tenuto conto che, nell'ipotesi di autorizzazione del Consorzio all'alienazione del lotto, non può trovare applicazione tout court la disciplina regolamentare prevista per il caso di prima assegnazione, laddove, come nella specie, si sia in presenza di un insediamento produttivo già realizzato e dotato delle sue proprie infrastrutture che, per effetto della cessione, non sia oggetto di modifiche sostanziali nella destinazione impressagli ab origine e rispetto al quale i contributi infrastrutturali e di urbanizzazione richiesti siano stati già versati dal primo assegnatario.

L'autorizzazione all'acquisto da parte del Consorzio, come si è innanzi anticipato, implica un controllo sulla compatibilità dell'iniziativa del soggetto acquirente con la destinazione impressa all'area dal p.r.t. ma non implica l'automatica insorgenza, a carico dell'acquirente, dell'obbligo di corrispondere il contributo richiesto qualora l'acquisto comporti il mero subentro nell'esercizio dell'attività imprenditoriale svolta dall'assegnataria, in assenza di interventi innovativi che comportino la necessità di modificare o incrementare le infrastrutture esistenti o un aggravamento del carico urbanistico pregresso. Ed è quanto avvenuto nella specie in cui la società ricorrente, con l'acquisto del complesso industriale, ha inteso proseguire l'attività già svolta dalla cessionaria e ridimensionare, tramite demolizione, parte delle strutture esistenti. Sicché l'assenso al trasferimento da parte del Consorzio non può equivalere ad una riassegnazione ex novo ma comporta il mero controllo con la destinazione di piano dell'attività che l'acquirente intenda proseguire. Ciò, specie considerando che nel regolamento n. 146 del 1997, applicato alla presente fattispecie, non è contemplata una disposizione equivalente all'articolo 14 del nuovo regolamento n. 21 del 2018, oggetto di sospensione cautelare, secondo cui, in caso di subentro nell'insediamento produttivo, il contributo non è dovuto solo qualora esso sia intervenuto tramite "cessione di azienda o di ramo d'azienda".

Perciò, avendo il Consorzio dichiaratamente asserito di aver applicato la disciplina previgente, non può trovare applicazione nella fattispecie in esame la normativa, sicuramente innovativa e di stretta interpretazione, che consente l'esonero nella sola ipotesi di subentro tramite cessione di azienda o di ramo d'azienda.

7.2. Non può quindi ritenersi giustificato il pagamento richiesto dal Consorzio alla società ricorrente a titolo di oneri di urbanizzazione per il mero diretto trasferimento del complesso industriale alla ricorrente che intende esercitarvi la medesima attività senza modificazioni né ampliamenti, avendo presentato una s.c.i.a. per mera attività di demolizione.

Ad analoghe conclusioni si perviene quanto al "corrispettivo per la gestione delle infrastrutture e dei servizi consortili", cioè per "acquedotti, fognature, depurazione, cartellonistica, ecc...", a sua volta anch'esso affatto previsto in occasione del diretto trasferimento del lotto e del complesso produttivo realizzato e delle rispettive superfici.

Ciò in quanto, come già in precedenza osservato, ai sensi dell'articolo 2, comma 2, lettera b), della legge regionale n. 56/1994, che attribuisce ai Consorzi industriali anche il compito di provvedere "alla gestione delle aree produttive artigianali e/o commerciali individuate dagli strumenti urbanistici dei Comuni, previa intesa con gli stessi" e del successivo articolo 3, per questa gestione i Consorzi "usufruiscono delle provvidenze di cui alle norme contenute nel Titolo VI della legge regionale 26 novembre 1986, n. 70, e nel Titolo III della legge regionale 6 novembre 1981, n. 49, e successive modifiche ed integrazioni" che, a loro volta, prevedono dei (parziali) contributi regionali per i vari tipi di intervento ivi elencati.

Il contributo di che trattasi, quindi, neppure per implicito può ritenersi dovuto al momento della stipulazione dell'atto di trasferimento del lotto e del complesso produttivo perché espressamente previsto dall'articolo 15 del regolamento "in proporzione all'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi consortili" e in funzione delle future opere di loro "manutenzione ordinaria e straordinaria": si tratta pur sempre infatti di un contributo dovuto per le spese continue sostenute dal Consorzio, da periodicamente contabilizzare al netto del contributo regionale e poi ripartire in proporzione al concreto utilizzo delle infrastrutture e dei servizi consortili da parte di ogni insediamento che ne usufruisce, e quindi, sotto il profilo logico, affatto riscuotibile solo in occasione di un "eventuale" e diretto trasferimento del lotto con il relativo complesso industriale.

Ed infatti, coerentemente con siffatta impostazione, l'articolo 15 del previgente regolamento, applicato dal Consorzio nella fattispecie in esame, nel disciplinare il corrispettivo che la società si obbliga a corrispondere al Consorzio "per la gestione delle infrastrutture e dei servizi consortili", stabilisce l'obbligo della società di erogare, anche dopo la stipula della convezione, un contributo per oneri di urbanizzazione per il finanziamento delle opere necessarie solo "qualora queste non siano coperte da finanziamenti pubblici".

Allo stesso modo non sono dovute le spese di istruttoria per l'assenso del Consorzio, ove l'assenso sia già stato espresso in sede di prima assegnazione.

In definitiva, in linea con il richiamato precedente, le tipologie di contributi espressamente richieste con il provvedimento impugnato di fatto equivalgono ad un corrispettivo per "l'assenso" rilasciato dal Consorzio al diretto trasferimento ed alla riassegnazione del lotto e costituiscono un'illegittima duplicazione di oneri di cui il Consorzio medesimo ha già beneficiato in occasione della prima assegnazione e dell'insediamento dello stesso impianto produttivo oggetto di trasferimento, in assenza di modificazioni della situazione di fatto e di diritto, posto che con la s.c.i.a. depositata si intende perseguire un ridimensionamento dell'attività produttiva tramite demolizione di parte delle strutture esistenti.

7.3. Pertanto deve essere accolto il primo motivo di ricorso nei sensi di cui sopra e, per l'effetto, deve essere annullata la deliberazione del Collegio dei liquidatori n. 113 del 2018, nella parte in cui subordina l'autorizzazione al trasferimento degli immobili tra imprese e la conseguente assegnazione dell'area alla corresponsione del contributo per spese generali e di istruttoria e degli oneri di urbanizzazione in misura dimezzata, nonché gli atti successivi, quali la nota del 12 dicembre 2018 e la determinazione n. 182 del 10 dicembre 2018 del responsabile del procedimento, limitatamente alla richiesta dei predetti contributi.

(omissis)

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

(omissis)

b) accoglie il primo motivo di ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla la deliberazione del Collegio dei liquidatori del Consorzio per lo sviluppo industriale dell'area C.-P. in liquidazione n. 113 del 7 dicembre 2018, nonché la nota e la determinazione del responsabile unico del procedimento del 10 dicembre 2018, nei limiti dell'interesse delle società ricorrenti;

(omissis)

NOTA (1) (2)

Quando possono essere legittimamente richiesti dai Consorzi di Sviluppo Industriale (cosiddetti Consorzi ASI), di cui all'art. 36, commi 4 e 5, della Legge 5 ottobre 1991, n. 317 (e, in Abruzzo, alla L.R. 22 agosto 1994, n. 56 - "Testo coordinato ed integrato della legge sui Consorzi per le Aree ed i Nuclei di Sviluppo Industriale" e s.m.i.), i contributi di realizzazione e quelli di gestione delle opere di infrastrutturazione?

L'interrogativo è certamente di rilievo per la realtà imprenditoriale, sempre attenta ai costi degli investimenti, a maggior ragione nell'attuale non semplice congiuntura economica.

Ad esso fornisce importanti risposte la sentenza del T.A.R. Pescara n. 208/2019, pubblicata il 6 settembre 2019, pertanto meritevole di essere segnalata.

Per inciso, l'importanza delle questioni affrontate dalla pronuncia, in Abruzzo, non pare affievolito (almeno per il momento) in conseguenza del fatto che, con Legge Regionale n. 23 del 29 luglio 2011, sia stato previsto il riordino delle funzioni in materia di aree produttive e, in particolare, l'istituzione di un'unica Azienda regionale delle Aree Produttive (ARAP) della competente a favorire lo sviluppo e la valorizzazione delle aree produttive, nella quale è confluita la quasi totalità dei Consorzi ASI esistenti.

Orbene, il Collegio abruzzese, nel solco della consolidata giurisprudenza del Supremo Consesso Giurisdizionale Amministrativo (v. Cons. Stato, Sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 799; Cons. Stato, Sez. IV, 3 giugno 2019, nn. 3698 e 3699), opta per la natura non tributaria, ma di corrispettivi di diritto pubblico, dei contributi per gli oneri di infrastrutturazione.

Ciò in base alla considerazione che il versamento dei contributi da parte dei privati rinviene il suo fondamento nel fatto che le infrastrutture ed i servizi vengono realizzati nell'interesse delle imprese ed al precipuo scopo di consentirne l'insediamento nella zona di sviluppo industriale (cfr., in terminis, anche T.A.R. Puglia, Bari, 7 luglio 2016, n. 857).

E che, pertanto, è il rilascio stesso, da parte del Consorzio, dell'assenso all'utilizzazione dei suoli industriali a rappresentare il fatto costitutivo dell'obbligo giuridico del concessionario di corrispondere il relativo contributo per oneri di infrastrutturazione (così ancora Cons. Stato, Sezione IV, 20 febbraio 2014, n. 799).

Dunque, secondo la decisione, tali contributi sono senz'altro dovuti dal primo assegnatario del lotto, in proporzione all'estensione di esso, in ragione della mera sua inclusione nell'area consortile e persino a prescindere dalla effettiva realizzazione delle infrastrutture (in tal senso anche Cons. St., Sez. IV, 3 giugno 2019, n. 3698 e 3699; Cons. St., Sez. V, 3 luglio 2003, n. 3983).

Come pure condivisibilmente rilevato dalla decisione, appare evidente l'analogia con gli oneri di urbanizzazione dovuti in sede di rilascio del permesso di costruire per la partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione connesse alla realizzazione delle opere infrastrutturali collegate all'edificazione (sulla natura e la funzione degli oneri di urbanizzazione cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2015, n. 4950; T.A.R. Campania, Sez. VIII - Napoli, 9 ottobre 2018, n. 5835; T.A.R. Lombardia, Sez. I - Brescia, 26 aprile 2018, n. 449; sull'insorgenza del relativo obbligo v. Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2017, n. 728).

Gli oneri di infrastrutturazione, quindi, sono assimilabili agli oneri di urbanizzazione (al punto da dividerne persino la fonte, da rinvenirsi, secondo il T.A.R. abruzzese, come dallo stesso chiarito nella ulteriore e coeva sentenza n. 200/2019 del 6 settembre 2019, nell'art. 16, comma 1, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

La sentenza in commento, richiamando e confermando un precedente dello stesso Collegio abruzzese (T.A.R. Pescara, sentenza n. 122 del 27 gennaio 2011), esclude, invece, qualsivoglia automatismo (in mancanza di diversa esplicita previsione) nell'insorgenza dell'obbligo di corresponsione degli oneri di urbanizzazione e per la gestione delle infrastrutture ad ogni successivo trasferimento di proprietà diretto tra l'iniziale assegnatario ed un successivo acquirente.

Tanto sulla base della ineccepibile considerazione che, diversamente, si verificherebbe una inammissibile moltiplicazione contributiva.

Nel caso in cui l'autorizzazione all'acquisto da parte del Consorzio riguardi una ipotesi di mero subentro nell'esercizio dell'attività imprenditoriale svolta dall'assegnataria, in assenza di interventi innovativi comportanti la necessità di modificare o incrementare le infrastrutture esistenti o un aggravamento del carico urbanistico pregresso, il contributo per oneri di urbanizzazione non sarebbe dovuto e, pertanto, non potrebbe essere legittimamente richiesto dal Consorzio.

Peraltro, ad analoga soluzione la pronuncia perviene in ordine al corrispettivo per la gestione delle infrastrutture e dei servizi consortili. Ciò in quanto legato alle spese continue effettivamente sostenute dal Consorzio, da contabilizzare periodicamente al netto dei contributi regionali di cui alle Leggi Regionali 26 novembre 1986, n. 70 (Titolo VI) e 6 novembre 1981, n. 49 (Titolo III).

Anch'esso, ad avviso del T.A.R. abruzzese, non è affatto automaticamente dovuto al momento della stipulazione dell'atto di trasferimento del lotto e del complesso produttivo.

Da notare che, in ordine ai corrispettivi richiesti dai Consorzi di Sviluppo Industriale per i servizi essenziali generali (con fonte nell'art. 11, comma 2, del D.L. 23 giugno 1995, n. 244, convertito, con modificazioni, nella Legge 8 agosto 1995, n. 341), lo stesso T.A.R. Pescara ha rammentato, sempre con la contemporanea pronuncia n. 200/2019, come essi, secondo un consolidato indirizzo interpretativo (Cass. Civ., Sez. V, 20 marzo 2015, n. 5639; Cons. St., Sez. IV, 3 giugno 2019, n. 3698 e 3699), abbiano natura di obbligazioni pubblicistiche, equiparabili ai tributi, in particolare ai tributi reali.

Traendo le conclusioni, la sentenza si connota quale autorevole precedente nell'intricato ed incerto quadro degli obblighi di versamento dei contributi per oneri di infrastrutturazione verso i Consorzi per lo Sviluppo Industriale.

Auspiciabilmente ben potendo rappresentare, inoltre, un incentivo per imprenditori, anche esteri, che volessero investire, in particolare nella nostra Regione, rilevando e rilanciando complessi produttivi.

Stefano Corsi

T.A.R. Abruzzo - Sezione Staccata di Pescara (Sezione Prima) – sent. 25 novembre 2019, n. 283 – pres. Ianigro – est. Balloriani

Appalti pubblici – Elementi astrattamente ostativi alla partecipazione alle gare – Obbligo di comunicazione alla stazione appaltante – Precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento – Valutazione discrezionale – Art. 57, par. 4, lettere c) e g) della Direttiva 2014/24/UE e art. 80, comma 5, D.Lgs. 50/2016 – Overruling in malam partem – Prospective overruling – Affidamento della concorrente

Alla luce dei principi stabiliti dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea con la sentenza del 19.06.2019, Causa C-41/18, l'art. 80, comma 5, lett. c), del D. Lgs. 50/2016, nella formulazione vigente prima delle modifiche apportate con il D.L. n. 135 del 14.12.2018, deve essere interpretato nel senso che le carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, che ne hanno causato la risoluzione anticipata, hanno rilievo e devono essere valutate dall'Amministrazione ai fini della "integrità o affidabilità" del partecipante, a prescindere dalla loro contestazione in giudizio. (1)

La mancata dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta, dell'esistenza di precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento rientra nella fattispecie prevista dall'articolo 80, comma 5, lett. f-bis), che sanziona con l'esclusione la presentazione di documenti o dichiarazioni non veritiere (a tal fine rilevando anche le omissioni), atteso che tali inadempienze sono facilmente individuabili e trattandosi di circostanze specifiche che la stazione appaltante deve valutare. (2)

La sentenza della Corte di Giustizia del 19.06.2019, Causa C-41/18, pone, in relazione all'art. 80, comma 5, lett. f-bis), un problema di conciliazione dell'overruling in malam partem con l'affidamento della concorrente (atteso che nulla ha detto nella sentenza in termini di prospective overruling), che deve essere risolto facendo riferimento alla precedente giurisprudenza della stessa Corte di Lussemburgo, che, in casi analoghi, ha stabilito la necessità di tutelare l'affidamento della concorrente che non ha reso dichiarazioni obbligatorie, rimettendola in termini, nel caso in cui ciò non sia previsto dalla legislazione nazionale né dalla disciplina di gara. (3)

(omissis)

Considerato che:

- la ricorrente ha impugnato la determina di esclusione dalla gara indetta dalla Asl di P. per la conclusione di un accordo quadro avente ad oggetto il servizio di telemonitoraggio e teleassistenza a supporto del servizio di assistenza domiciliare integrata;
- tale determina ha quale presupposto la circostanza che la ricorrente ha omesso di segnalare di essere stata destinataria di provvedimenti di risoluzione contrattuale per inadempimento;
- la ricorrente espone che, quanto all'atto risolutorio adottato dall'Azienda Ospedaliera S. G. A., con sede in R. (delibera n. 988/DG del 30 ottobre 2018 notificata in data 31 ottobre 2018), esso era già oggetto di contestazione in giudizio (avendo la medesima società agito avverso tale atto di risoluzione dinanzi al Tribunale ordinario di R. – Sezione specializzata per le imprese nel giudizio n. RG 7364/2018), e quindi "il fatto non è astrattamente idoneo a configurarsi quale grave illecito rilevante ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. 50/2016, in quanto contestato in giudizio e non confermato da pronuncia giurisdizionale esecutiva"; quanto al secondo atto di risoluzione per inadempimento (adottato nell'ambito di un precedente rapporto con l'Azienda Ospedaliera P. M.), che esso è giunto a sua conoscenza dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, e in ogni caso anch'esso è stato gravato successivamente in sede giurisdizionale (dinanzi al Tribunale Civile di M., nel giudizio n. RG 6560/2018); quanto infine al terzo atto di risoluzione posto alla base della sua esclusione oggi contestata, che esso sarebbe stato ormai privato di qualsiasi effetto in quanto rimosso in autotutela dall'ASST P. G. di B. con delibera n. 2373 del 21.12.2018;
- come rilevato da questo Tribunale nella sentenza 149 del 2019, con la quale si è disposta la sospensione impropria del presente giudizio in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia Ue "nel giudizio viene quindi sostanzialmente in esame l'interpretazione dell'art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*, il quale disponeva (prima delle modifiche di cui al d.l. n. 135 del 2018, convertito in legge n. 12 del 2019) che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico ... qualora: ...c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; e che tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero

confermata all'esito di un giudizio ... il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”;

- la sospensione impropria del presente giudizio è stata disposta perchè il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 5033 del 2018 (e anche con ordinanza 2639 del 2018; così come analoga questione era già stata posta dal Tar Napoli con ordinanza collegiale 5893 del 2017), ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una questione pregiudiziale chiedendo alla medesima Corte di chiarire se il diritto dell'Unione europea e, precisamente, l'art. 57 par. 4 della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva e al principio di proporzionalità e di parità di trattamento, ostino ad una normativa nazionale, come l'art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*, che, definita quale causa di esclusione obbligatoria di un operatore economico il “grave illecito professionale”, stabiliva poi che, nel caso di illecito professionale determinante la risoluzione anticipata di un contratto d'appalto, l'operatore poteva essere escluso solo se la risoluzione non fosse stata contestata o fosse poi stata confermata all'esito dell'eventuale giudizio; e avendo ritenuto questo Tar in proposito che “solo ove la Corte di Giustizia affermasse appunto la possibilità (anche secondo la normativa previgente e qui applicabile *ratione temporis*) della stazione appaltante di valutare discrezionalmente anche le risoluzioni per inadempimento seppure *sub iudice*, come ritenuto dal Consiglio di Stato nel quesito sottopostole, ne deriverebbe sia il rilievo della omissione nella dichiarazione sia la possibilità dell'Amministrazione di valutare detta risoluzione ai fini della esclusione, benché contestata in giudizio; nel caso in cui si ritenesse invece che detta valutazione discrezionale non potrebbe comunque essere effettuata (stante appunto la previsione di cui all'art. 80, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, vigente *ratione temporis*, perché la risoluzione anticipata è stata contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio), ne conseguirebbe sia l'irrelevanza della omissione di tale elemento perché comunque ininfluenza già in astratto e per legge (cfr. in proposito Consiglio di Stato, sentenza 2063 del 2018, in cui, poco tempo prima di rimettere la questione alla Corte di Giustizia, la medesima sezione ha invece ritenuto detta disciplina compatibile con la normativa comunitaria: “nel caso di specie non può condividersi la tesi dell'omissione di informazioni dovute, per l'assorbente motivo che nessun onere di segnalazione poteva dirsi sussistente in capo a C. rispetto ad un episodio risolutivo che, in quanto ancora *sub iudice* e non avente dunque i connotati della definitività, per espressa previsione di legge non può costituire elemento idoneo a mettere in dubbio, nemmeno astrattamente, l'integrità o affidabilità dell'impresa concorrente”) sia l'impossibilità della stazione appaltante, sempre per legge, di tener conto di tale risoluzione in modo discrezionale (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 28 dicembre 2017, n.575)”;

- come noto, con sentenza del 19 giugno 2019 Causa C-41/18, la Corte di Giustizia Ue ha stabilito che “L'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”;

- ne consegue pertanto che nel presente giudizio (in cui ha rilievo la succitata sentenza emessa dalla Corte di Giustizia, cfr. Tar Napoli sentenza 5251 del 2019) l'articolo 80 comma 5 lett. c) vigente *ratione temporis* (fino al 15.12.2018), laddove prevedeva che rientrano tra i gravi illeciti professionali “le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni”, deve essere ora interpretato nel senso che tali carenze che hanno comportato la risoluzione anticipata hanno rilievo e devono essere valutate dall'Amministrazione ai fini della “integrità o affidabilità” del partecipante a prescindere dalla contestazione in giudizio; e ne consegue altresì che viene in rilievo anche l'articolo 80 comma 5 lett. f-bis) che sanziona con l'esclusione la presentazione di documenti o dichiarazioni non veritiere (e a tal fine rilevano anche le omissioni, come chiarito dalla giurisprudenza – cfr. Consiglio di Stato sentenza 5040 del 2018 – e dalle linee guida ANAC – cfr. punto 4.2. “la sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione”) atteso che nel caso in

esame tali inadempienze sono facilmente individuabili e si tratta, dopo la sentenza della Corte Ue, in combinato disposto con l'articolo 80 comma 5 lett. c) vigente "*ratione temporis*", di circostanze specifiche che la stazione appaltante deve valutare, sicché l'omissione riguarda un obbligo specifico di dichiarazione e non meramente generico, che ricadrebbe invece nella categoria degli illeciti professionali, quindi liberamente valutabile dalla stazione appaltante (Tar Napoli sentenza 703 del 2018 secondo cui la violazione degli obblighi dichiarativi può refluire non solo nella fattispecie di cui alla lett. f-bis) ma anche "nella categoria del cd. illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) che, come noto, annovera, tra le altre, anche la seguente fattispecie "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione"; cfr. Consiglio di Stato sentenza 5040 del 2018; Consiglio di Stato parere 2042 del 2017, secondo cui "il *discrimen* tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento");

- con riferimento all'articolo 80 comma 5 lett. f-bis), che comporterebbe l'esclusione automatica della ricorrente, tuttavia, si pone adesso un problema del rilievo nel caso in esame del mutamento della individuazione della disciplina vigente in ambito nazionale da parte della giurisprudenza per via della rimessione da parte dei giudici nazionali e della pronuncia della Corte di Giustizia (indubbiamente innovativa rispetto al testo normativo, nonostante fossero già presenti orientamenti diversi in giurisprudenza), cioè di conciliare questo *overruling in malam partem* con l'affidamento della concorrente nel caso di specie (atteso che nulla ha detto la Corte di Giustizia nella sentenza in esame in termini di *prospective overruling*; mentre solo per quanto riguarda la giurisprudenza interna cfr. adunanza plenaria 13 del 2017 e Cassazione s.u. 15144 del 2011 e 4135 del 2019), e il criterio non può che rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in casi analoghi ha stabilito la necessità di tutelare l'affidamento della concorrente che non ha reso dichiarazioni obbligatorie, rimettendola in termini, nel caso in cui ciò non sia previsto dalla legislazione nazionale né dalla disciplina di gara, come appunto nella vicenda di specie (cfr. Corte di Giustizia sentenza n. 309/2019 nella causa C-309/2018; Tar Milano, sentenza 2306 del 2019, oltre a Consiglio di Stato sentenza 6324 del 2019, citata dalla ricorrente, seppur con motivazioni in parte distinte);

- residua pertanto solo da verificare se la Asi resistente abbia o meno adeguatamente motivato la esclusione sulla base dei succitati illeciti professionali, pur se tardivamente dichiarati dalla ricorrente;
- sul punto deve rilevarsi l'infondatezza del ricorso, atteso che dal verbale del 26.11.2018 si evince che la stazione appaltante ha esaminato i fatti e le vicende (modalità di esecuzione che hanno determinato interruzioni del servizio, comminatoria di penali superiori al 10% del valore netto del contratto, grave inadempimento delle prestazioni contrattuali, e, quanto alla risoluzione disposta dalla Azienda Ospedaliera S. G. A., cioè proprio l'unica che la ricorrente riconosce come valutabile, anche una elencazione delle giustificazioni esposte dalla ricorrente da cui si evincono appunto le singole inadempienze oggetto di contestazione) che hanno determinato le risoluzioni contrattuali (cfr. Tar Napoli sentenza 5251 del 2019) e, anche in relazione ai servizi oggetto di quei contratti, ne ha dedotto l'inaffidabilità della concorrente, e a fronte di ciò quest'ultima, senza entrare nel merito per dimostrare l'infondatezza delle gravi contestazioni, si è limitata a sostenere piuttosto apoditticamente che tale motivazione non sarebbe sufficiente;
- ne consegue pertanto che il provvedimento di esclusione, laddove motivato con riferimento a precedenti inadempimenti ai sensi dell'articolo 80 comma 5 lett. c), resiste alle censure esposte nel presente ricorso;
- le spese possono essere compensate in ragione della complessità della questione trattata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
(*omissis*)

NOTA (1) (2) (3)

La questione sottoposta all'attenzione del collegio pescarese riguarda l'annosa problematica relativa all'interpretazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs 50/2016 (nella formulazione vigente prima delle

modifiche apportate con il D.L. n. 135 del 14.12.2018¹) ed alla sua compatibilità con la normativa comunitaria, in particolare con l'art. 57, par. 4, della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici, unitamente al Considerando 101 della medesima Direttiva².

Come noto, infatti, la suddetta disposizione del codice dei contratti pubblici, nella sua originaria formulazione, prevedeva la facoltà per le stazioni appaltanti di escludere da una gara pubblica un concorrente che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali - tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità -, facendo rientrare tra questi ultimi le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio³.

Pertanto, il problema si è posto, in dottrina e in giurisprudenza (come anche nel caso di specie), in relazione alla possibilità (o meno) delle stazioni appaltanti di valutare, ai fini escludenti, le precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento che siano state già impugnate dall'operatore economico dinanzi alla competente autorità giudiziaria e che risultino ancora sub iudice.

Di fronte ad una formulazione letterale della norma così rigida, infatti, le corti italiane⁴ hanno, prima facie, concluso nel senso di ritenere che, laddove la gara rientri nel campo di applicazione del D.Lgs. n. 50/2016, venga a configurarsi un ineludibile obbligo legale di ammissione della concorrente, qualora la anticipata risoluzione del contratto sia stata contestata in giudizio⁵.

Ciò in quanto la norma in questione (a differenza della previgente similare disciplina dettata dall'art. 38, comma 1, lett. f), D. Lgs. 12.04.2006 n. 163 e ss.mm.⁶) rende irrilevante, ai fini dell'esclusione degli operatori economici, la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o di concessione ancora sub iudice (finanche in presenza di una pronuncia cautelare negativa da parte dell'adito giudice civile⁷).

Tuttavia, una tale interpretazione della disposizione, così legata al dato letterale, pur nell'apprezzabile fine di limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti in ordine alla partecipazione degli operatori economici che hanno evidenziato significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti di appalto, in verità privava integralmente di effettività la causa di esclusione facoltativa, precludendo ogni possibilità di valutazione sull'affidabilità del concorrente e rimettendola all'esito del giudizio civile sulla risoluzione⁸.

La stessa interpretazione, peraltro, poneva forti dubbi in ordine alla sua compatibilità con la normativa comunitaria.

¹ Convertito in legge n. 12 del 2019.

² Nonché ai principi di proporzionalità e di parità di trattamento.

³ L'art. 80, comma 5, D.Lgs. 50/2016, lett. c) (nella formulazione precedente alle modifiche di cui al D.L. n. 135 del 14.12.2018) così recitava: «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... e) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

⁴ Sul punto, ex multis, T.A.R. Puglia, sez. I, n. 1480/2016, T.A.R. Catanzaro n. 2522/2016, T.A.R. Lecce n. 1935/2016, T.A.R. Calabria, sez. I, n. 1935/2016, Consiglio di Stato n. 1955/2017, T.A.R. Bari n. 828/2017, T.A.R. Sicilia n. 2548/2017, T.A.R. Sicilia n. 2511/2017.

⁵ Tuttavia, non sono mancate decisioni in senso contrario, tra le quali Consiglio di Stato, Sez. V, 02.03.2018 n. 1299, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 30.04.2018, n. 252 e TAR Campania n. 5893/2017, che hanno concluso ritenendo che la risoluzione di un precedente contratto, pure impugnata, non preclude l'esclusione, ex art. 80, comma 5, lett. c) del Codice Appalti, in tutti i casi in cui «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità».

⁶ Secondo il quale: «Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ... f) che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante».

⁷ In questo senso ha concluso il Consiglio di Stato, Sezione V, con la sentenza 27.04.2017, n. 1955: «sulla base dell'interpretazione letterale della norma (ex art. 12 delle preleggi) si richiede quindi che al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza o che lo stesso sia stato confermato in sede giurisdizionale. E questa conferma non può che essere data da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) «all'esito di un giudizio». A questo medesimo riguardo è invece da ritenersi evidentemente insufficiente la definizione di un incidente di natura cautelare, con decisione avente funzione interinale e strumentale rispetto a quella di merito».

⁸ Che nella maggior parte dei casi interverrà, per la necessaria durata di quella lite, in un momento in cui si sono prodotti effetti irreversibili, qualora la gara sia stata in ipotesi aggiudicata proprio al concorrente che il giudice civile accerti doveva essere escluso.

L'art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE stabilisce, infatti, che le amministrazioni appaltanti possono escludere gli operatori economici solo se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali.

La previsione va, peraltro, letta unitamente al "considerando 101" della direttiva, secondo cui "è opportuno chiarire che una grave violazione dei doveri professionali può mettere in discussione l'integrità di un operatore economico e dunque rendere quest'ultimo inidoneo ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico indipendentemente dal fatto che abbia per il resto la capacità tecnica ed economica per l'esecuzione dell'appalto. Tenendo presente che l'amministrazione aggiudicatrice sarà responsabile per le conseguenze di una sua eventuale decisione erranea, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero anche mantenere la facoltà di ritenere che vi sia stata grave violazione dei doveri professionali qualora, prima che sia stata presa una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori, possano dimostrare con qualsiasi mezzo idoneo che l'operatore economico ha violato i suoi obblighi, inclusi quelli relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali, salvo disposizioni contrarie del diritto nazionale".

Appare, pertanto, chiaro che le previsioni euro-unitarie, a differenza di quelle interne, ritengono di consentire l'esclusione dell'operatore economico se la stazione appaltante è in condizione di dimostrare la sussistenza di un grave illecito professionale anche prima che sia adottata una decisione definitiva e vincolante sulla presenza di motivi di esclusione obbligatori.

Di tale contrasto si è presto resa conto la giurisprudenza nazionale che ha, pertanto, rimesso la questione alla Corte di Giustizia della comunità europea⁹.

Sulla scorta di tali rinvii pregiudiziali, nel caso di specie, il collegio pescarese ha ritenuto opportuno¹⁰ disporre la sospensione impropria del giudizio, in attesa della decisione della Corte Europea, considerandola dirimente ai fini della risoluzione della controversia.

Ebbene, nel decidere la questione¹¹, la Corte di Lussemburgo ha, in primo luogo, ricordato che l'art. 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24 stabilisce che "il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto è stato affidato alle amministrazioni aggiudicatrici, e non a un giudice nazionale" e che "la facoltà di cui dispone qualsiasi amministrazione aggiudicatrice di escludere un offerente da una procedura di aggiudicazione di appalto è destinata in modo particolare a consentirle di valutare l'integrità e l'affidabilità di ciascuno degli offerenti".

La stessa corte ha, poi, precisato che, ai sensi dell'articolo 57, paragrafo 5, della direttiva 2014/24, "le amministrazioni aggiudicatrici devono poter escludere un operatore economico «in qualunque momento della procedura» e non solo dopo che un organo giurisdizionale ha pronunciato la sua sentenza".

Sulla base di tali premesse ha, pertanto, concluso che l'art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici non è idoneo "a preservare l'effetto utile del motivo facoltativo di esclusione previsto dall'articolo 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva 2014/24" in quanto il potere discrezionale conferito all'amministrazione aggiudicatrice è paralizzato dalla semplice impugnativa giurisdizionale, da parte di un candidato o di un offerente, della risoluzione di un precedente contratto di appalto pubblico di cui era firmatario, quand'anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione, e così ha risposto al quesito posto dal giudice del rinvio: "l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un'amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d'appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull'affidabilità dell'operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce"¹².

⁹ Dapprima con l'ordinanza del T.A.R. Campania, Sezione IV, n. 5893/2017 e, successivamente, con le due ordinanze del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, n. 5033/2018 e n. 2639/2018.

¹⁰ Con la sentenza n. 149/2019.

¹¹ Con la sentenza del 19 giugno 2019, Causa C-41/18.

¹² Orientamento, peraltro, recepito dal legislatore nazionale con le modifiche apportate con il D.L. 14.12.2018 n. 135 (recante "Disposizioni Urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e la Pubblica Amministrazione") all'art. 80, comma 5, del D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la cui lettera c) è stata sostituita dalle seguenti: "c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le

Sulla scorta di tale dirimente pronuncia, il T.A.R. Pescara, con la sentenza in discussione, non ha potuto che convenire con l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, concludendo che l'art. 80, comma 5, lett. c) vigente *ratione temporis* (fino al 15.12.2018), deve essere ora interpretato nel senso che le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, hanno rilievo e devono essere valutate dall'Amministrazione ai fini della "integrità o affidabilità" del partecipante, a prescindere dalla loro contestazione in giudizio.

Da tale assunto il Tribunale Regionale ha fatto discendere un secondo corollario: e cioè che, nel caso di specie, viene in rilievo anche l'articolo 80, comma 5, lett. f-bis)¹³, che sanziona con l'esclusione la presentazione di documenti o dichiarazioni non veritiere (e, a tal fine, rilevando anche le omissioni¹⁴), atteso che, nella vicenda in esame, l'operatore economico aveva omissso, sia in sede di presentazione dell'offerta che in sede di soccorso istruttorio, di dichiarare l'esistenza di precedenti risoluzioni contrattuali per inadempimento.

Sul punto, infatti, il Collegio ha ritenuto che, essendo tali inadempienze facilmente individuabili, si tratta, dopo la sentenza della Corte di Giustizia e in combinato disposto con l'articolo 80, comma 5, lett. c) vigente *ratione temporis*, di circostanze specifiche che la stazione appaltante deve valutare, sicché l'omissione riguarda un obbligo specifico di dichiarazione e non meramente generico, che ricadrebbe invece nella categoria degli illeciti professionali, quindi liberamente valutabile dalla stazione appaltante¹⁵.

Pietro Cerceo

informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa."

¹³ Con riferimento all'articolo 80, comma 5, lett. f-bis), che comporterebbe l'esclusione automatica della ricorrente, il Collegio pescarese si è posto anche il problema di conciliare l'*overruling in malam partem* con l'affidamento della concorrente nel caso di specie (atteso che nulla ha detto la Corte di Giustizia nella sentenza in esame in termini di *prospective overruling*), ritenendo, tuttavia, che il criterio doveva rinvenirsi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in casi analoghi ha stabilito la necessità di tutelare l'affidamento della concorrente che non ha reso dichiarazioni obbligatorie, rimettendola in termini, nel caso in cui ciò non sia previsto dalla legislazione nazionale né dalla disciplina di gara, come appunto nella vicenda di specie.

¹⁴ Come chiarito dalla giurisprudenza – cfr. Consiglio di Stato sentenza 5040 del 2018 – e dalle linee guida ANAC – cfr. punto 4.2. 'la sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione'.

¹⁵ Sul punto Tar Napoli, sentenza n. 703/2018, secondo cui la violazione degli obblighi dichiarativi può refluire non solo nella fattispecie di cui alla lett. f-bis) ma anche 'nella categoria del cd. illecito professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) che, come noto, annovera, tra le altre, anche la seguente fattispecie "il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione"; ma anche Consiglio di Stato, sentenza n. 5040/2018 e Consiglio di Stato, parere 2042/2017, secondo cui "il discrimen tra le due fattispecie sembra doversi incentrare sull'oggetto della dichiarazione, che assumerà rilievo, ai sensi e per gli effetti di cui alla lettera f-bis), nei soli casi di mancata rappresentazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione a norma della disciplina in commento").

Giurisprudenza Tributaria

Commissione Tributaria Provinciale di Pescara, sez. I, sent. 30 settembre 2019, n. 468 – pres. Scimè – rel. Papa – giud. Tollosi.

IRPEF – Imponibilità delle pensioni e remunerazioni analoghe esclusivamente nello Stato di residenza Art. 18 Convenzione Italia/Portogallo – Irrilevanza dell'esenzione da tassazione prevista in Portogallo

In base all'art. 18 della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Portogallo le pensioni versate dall'INPS vanno tassate soltanto nello Stato di residenza, a nulla rilevando la circostanza che in Portogallo è prevista l'esenzione decennale dalla tassazione. (1)

(omissis)

Il ricorrente, impugnava il diniego al rimborso formulato al Cop di Pescara con cui aveva chiesto, il rimborso delle ritenute operate dall'INPS sulla pensione a lui corrisposta, per il periodo d'imposta 2016, per un importo di € 44.486,44 in forza dell'applicazione della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Portogallo.

Il Centro Operativo di Pescara con l'atto impugnato aveva comunicato il rigetto dell'istanza di rimborso, ritenendo non sussistente la residenza estera del contribuente, per il periodo d'imposta 2016. Inoltre l'Af sosteneva che attraverso l'utilizzo della convenzione la parte ricorrente a tutti gli effetti godeva di una non imposizione sul reddito da pensione.

La parte impugnando l'atto di diniego, sosteneva di avere documentato la residenza fiscale in Portogallo attraverso l'attestazione rilasciata dalle Autorità fiscali portoghesi che attestava la sussistenza dei requisiti per evitare le doppie imposizioni ex art. 4 della Convenzione e tale documento era l'unico certificato che veniva rilasciato al fine di evitare le doppie imposizioni secondo la Convenzione. Inoltre il ricorrente aveva prodotto la dichiarazione dei redditi, per l'anno 2016, resa in Portogallo.

Riteneva quindi che non avesse pregio l'osservazione della non imposizione della pensione in Portogallo, sollevata dall'ufficio, sul presupposto che la stessa sarebbe stata esente da imposte, rendendo quindi corretta l'imposizione in Italia. Come pure riteneva infondato il riferimento operato dall'Ufficio allo "status di residente non abituale" che il Portogallo aveva attribuito, poiché detta qualifica di "residente non abituale" non corrisponderebbe alla nozione di residenza fiscale italiana e, pertanto, non potrebbe opporsi al Fisco italiano, poiché la scelta di attribuire la residenza non abituale ai pensionati era una scelta del legislatore portoghese, che veniva rilasciata dietro verifiche dell'autorità portoghese ed era una categoria speciale della pensione rivolta appunto ai pensionati per concedere loro l'esenzione decennale dalle imposte sulle pensioni, rappresentava però una residenza a tutti gli effetti, senza alcuna limitazione.

La ricorrente osserva come la Convenzione all'art 18 definiva la modalità di tassazione della pensione privata percepita da soggetti residenti fiscalmente all'estero e sanciva che le pensioni dei lavoratori privati andavano assoggettate a tassazione solo nello Stato di residenza fiscale del soggetto percettore. Pertanto la parte aveva diritto al rimborso delle ritenute alla fonte operate sulla pensione in Italia risiedendo in Portogallo.

La ricorrente riteneva che avendo allegato all'istanza il certificato dell'Ambasciata d'Italia Lisbona - AIRE da cui risulta che la data di arrivo nella circoscrizione consolare era il 14.3.2016 da tale data il ricorrente andava considerato residente in Portogallo, tanto che il certificato dell'anagrafe dei residenti in Portogallo era datato 15.3.2016 ed in data 17.5.2016, l'Autorità fiscale portoghese, alla luce dello stato di residente della parte aveva rilasciato il certificato di residenza fiscale di cui all'art. 4 della Convenzione Italia - Portogallo. In merito alla circostanza riportata dall'ufficio secondo cui la residenza in Portogallo andava considerata dal settembre 2016 la parte riteneva che errato tale assunto, perché essa rappresentava solo il momento in cui l'Ambasciata aveva registrato quando realmente accaduto e documentato nel marzo 2016

La ricorrente, sosteneva, che seppure si fosse voluto considerare il caso della doppia residenza, sempre sulla base delle Convenzione art 4 co.2 era documentalmente provato che il centro di interessi dal marzo 2016 era stato spostato dall'Italia in Portogallo e pertanto il rimborso sarebbe stato dovuto ugualmente. Chiedeva quindi accoglimento del ricorso. Il Cop nel costituirsi ribadiva la fondatezza del diniego, soprattutto in

ordine alla non imposizione che la fattispecie avrebbe generato, con violazione delle norme nazionali ed estere. Chiedeva quindi il rigetto del ricorso

Va premesso che con la Convenzione tra Italia e Portogallo nella parte che qui interessa, cioè l'art 18 è stato stabilito che le pensioni pagate dall'Inps vanno tassate soltanto nello stato di residenza.

Orbene poiché le Convenzioni, così come le altre norme internazionali pattizie, rivestono carattere di specialità rispetto alle corrispondenti norme nazionali e quindi prevalgono su queste ultime, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali, ex art. 117, I c. Cost. nonché art. 75 D.P.R. n. 600/73 (Cass. nn. 1138/09, 2912/15, 14474 e 23984/16 n. 24112/17), poiché la norma richiamata è chiara nel prevedere che le somme percepite da un soggetto residente in Portogallo a titolo di pensione sono assoggettate a tassazione esclusivamente in tale Stato, le eccezioni dell'ufficio non sono fondate in relazione alla successiva mancata esenzione del cespite in Portogallo. Infatti le convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione hanno la funzione di dettare norme internazionali al fine di eliminare la sovrapposizione dei sistemi fiscali nazionali, che si verifica allorché una stessa situazione di fatto economicamente rilevante determina la nascita in capo al medesimo soggetto di due obbligazioni tributarie in relazione a imposte dello stesso tipo previste dalla legislazione di due Paesi diversi. Tale scopo viene perseguito o mediante l'attribuzione del potere d'imposizione fiscale ad uno Stato contraente e, corrispondentemente, con la rinuncia all'esercizio di tale potere da parte dell'altro Stato, oppure viene prevista una potestà impositiva concorrente dei due Stati, con il ricorso allo strumento del credito d'imposta per evitare la doppia imposizione o con soglie di esenzioni (art 18 Convenzioni con la Francia, con il Brasile e con il Canada). Nella fattispecie, che si tratti di potestà impositiva esclusiva del Portogallo discende inequivocabilmente dal fatto che la norma prevede, appunto, che il reddito da pensione è imponibile «soltanto» in tale Stato, tale avverbio sulla base dei criteri interpretativi dettati dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ha la finalità nelle singole disposizioni delle convenzioni contro le doppie imposizioni, di stabilire la ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati contraenti (Cass. n. 23984 del 2016).

Pertanto avendo l'Italia rinunciato all'imposizione sui redditi di pensione dei soggetti residenti in Portogallo, poiché nel caso di specie è stato dimostrato con la documentazione proveniente dal Consolato oltre che con quella Portoghese che il ricorrente e la moglie risiedono in Portogallo dal marzo 2016, quindi tra l'altro il tempo presente sul territorio italiano è inferiore ai 183 giorni, priva di pregio sono le doglianze relative alle scelte di politica interna fatte dal Portogallo, che ha deciso di esonerare dall'imposta portoghese fonte di reddito del suo Stato. Come pure nessuna rilevanza può avere se lo Stato Portoghese decide di denominare residenza non abituale quella concessa ai pensionati, dato che a parte il nome nessuna limitazione viene imposta a chi ottiene detta residenza.

Il ricorso viene accolto. Vengono compensate le spese di giudizio poiché non vi era ancora un orientamento giurisprudenziale consolidato sulla fattispecie esaminata.

(omissis)

NOTA (1): LA TASSAZIONE DELLE PENSIONI DI CITTADINI ITALIANI RESIDENTI ALL'ESTERO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLO STATO DEL PORTOGALLO

Con la sentenza in commento la Commissione Tributaria Provinciale di Pescara interviene a risolvere la questione della tassabilità in Italia di pensioni percepite da cittadini italiani, residenti all'estero e, nello specifico, in Portogallo.

Nel caso sottoposto alla Commissione, il contribuente con istanza inoltrata all'Agenzia delle Entrate - Centro Operativo di Pescara, chiedeva, in forza dell'applicazione della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Portogallo (L. 10.7.1982 n. 562) il rimborso delle ritenute operate dall'INPS sulla pensione a lui corrisposta, per il periodo d'imposta 2016

L'Ufficio, dapprima formulava richiesta di integrazione di documentazione, che il ricorrente prontamente ha riscontrato, inviando i documenti richiesti; successivamente ha rigettato l'istanza di rimborso, ritenendo, per un verso, non sussistente la residenza estera del contribuente, e, per altro verso, eccependo il principio del c.d. "divieto di doppia non imposizione", con riferimento all'esenzione da imposte (sulle pensioni percepite da soggetti residenti) per un decennio prevista nello Stato del Portogallo.

Il contribuente ha quindi impugnato tale provvedimento di diniego dinanzi alla Commissione tributaria, eccependo e documentando la sussistenza della propria residenza, per l'anno 2016, in Portogallo e, sotto altro profilo, prospettando l'erroneità, in diritto, della tesi dell'Ufficio sul c.d. "divieto di doppia non imposizione"

La Commissione ha accolto il ricorso, acclarando innanzitutto l'effettiva residenza in Portogallo per l'anno 2016 del contribuente e, successivamente, ritenendo infondata l'eccezione sollevata dall'Ufficio circa l'impossibilità di riconoscere il rimborso richiesto in forza del c.d. "divieto di doppia non imposizione".

La motivazione offerta dalla Commissione tributaria è certamente condivisibile.

Al riguardo, infatti, sulla specifica fattispecie sottoposta all'attenzione del giudice tributario, si consideri quanto segue.

In primo luogo occorre evidenziare che gli unici elementi su cui doveva fondarsi il rimborso richiesto dal ricorrente erano: residenza nello stato portoghese e tassazione in Italia, per il 2016, della pensione versata dall'INPS.

Al riguardo, le uniche norme applicabili sono quelle della Convenzione Italia - Portogallo (fonte sovraordinata e speciale rispetto alla normativa nazionale); nello specifico gli artt. 4 e 18.

In particolare, l'art. 4 prevede che "ai fini della presente Convenzione, l'espressione residente di uno stato contraente designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga...".

Il medesimo art. 4, al comma 2 prevede poi che "Quando, in base alle disposizioni del paragrafo 1, una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti, la sua situazione è determinata nel seguente modo:

a) detta persona è considerata residente dello Stato contraente nel quale ha una abitazione permanente; se essa dispone di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati, è considerata residente dello Stato nel quale le sue relazioni personali ed economiche sono più strette (centro degli interessi vitali);

b) se non si può determinare lo Stato nel quale detta persona ha il centro dei suoi interessi vitali, o se la medesima non ha un'abitazione permanente in alcuno Stato, essa è considerata residente dello Stato in cui soggiorna abitualmente"

L'art. 18 della predetta Convenzione, al fine di garantire il rispetto della normativa convenzionale, prevalente su quella interna, prevede che "...le pensioni e le altre remunerazioni analoghe, pagate ad un residente di uno Stato contraente in relazione ad un cessato impiego, sono imponibili soltanto in questo Stato". In base al tenore letterale di tale norma, nel caso delle pensioni, viene prevista una potestà esclusiva allo Stato di residenza.

La questione della definizione della residenza delle persone fisiche è stata peraltro più volte affrontata dalla Corte di Giustizia comunitaria in relazione a fattispecie disciplinate dalla Direttiva 83/182/CEE.

Essa ha affermato che, nel caso in cui una persona abbia legami sia personali che professionali in due Stati membri, il luogo della sua "normale residenza" è quello in cui viene individuato il centro permanente degli interessi di tale persona e che, nell'ipotesi in cui tale valutazione globale non permetta siffatta conclusione, occorre dichiarare la preminenza dei legami personali (presenza fisica della persona e dei familiari, disponibilità di un'abitazione, luogo in cui i figli frequentano la scuola, luogo di esercizio dell'attività professionale, ecc.).

Secondo la Corte, bisogna fare riferimento alla presenza fisica della persona e dei suoi familiari, alla disponibilità di un'abitazione, alla frequentazione effettiva di una scuola da parte dei figli, all'esercizio delle attività professionali, al posto in cui vi sono interessi patrimoniali e legami amministrativi con le autorità pubbliche.

Nel giudizio dinanzi alla Commissione tributaria, il ricorrente ha quindi dimostrato l'effettiva residenza in Portogallo ed i giudici, pertanto, hanno correttamente applicato gli artt. 4 e 18 della Convenzione.

Il successiva tema introdotto dall'Ufficio e contenuto nel provvedimento di diniego, sulla c.d. "doppia non imposizione", appare del tutto estraneo alla concreta fattispecie relativa alla richiesta di rimborso di trattenute effettuate dallo Stato italiano sulla pensione erogata in favore di un soggetto pensionato residente in Portogallo.

L'argomento evidenziato dall'Ufficio, infatti, è relativo a tutt'altre fattispecie.

In particolare, occorre evidenziare che l'esistenza di migliaia di Convenzioni contro le doppie imposizioni che regolano i rapporti bilaterali tra i diversi Stati hanno talvolta creato i presupposti per il loro utilizzo abusivo da parte dei soggetti economici, finalizzato ad evitare la tassazione attraverso la doppia non imposizione fiscale internazionale.

Ad esempio il fenomeno dell'abuso dei trattati, cd. treaty abuse, si verifica quando un soggetto compie un'operazione il cui obiettivo principale è quello di conseguire un vantaggio fiscale contrario all'oggetto o allo scopo delle disposizioni delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Particolare applicazione ha avuto la pratica abusiva del cd. treaty shopping, che si verifica quando un soggetto usufruisce dei vantaggi derivanti dall'applicazione di una Convenzione senza esserne il legittimo beneficiario. Il più delle volte detti vantaggi vengono conseguiti attraverso la costituzione di società cd. conduit all'interno di Stati con i quali è in vigore un Trattato che garantisce trattamenti fiscali di favore ai redditi esteri, la quale successivamente trasferisce i profitti così incrementati ad un soggetto residente in un altro Stato che ne costituisce il beneficiario effettivo.

In questo caso la società cd. conduit non assolve ad alcuna concreta funzione economica e ha come unico scopo quello di consentire al soggetto estero di beneficiare dei vantaggi fiscali di cui non avrebbe potuto godere altrimenti.

Pertanto il fenomeno della c.d. "doppia non imposizione" di certo non può riferirsi al nostro caso.

Peraltro, su tale specifico argomento, occorre rilevare che la giurisprudenza prevalente, nonché la dottrina, sono ormai concordi nel ritenere che la mancanza di tassazione nel Paese di residenza del soggetto che presenta istanza di rimborso non determini l'inapplicabilità della Convenzione contro le doppie imposizioni. Ad esempio attraverso la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 25219 dell'11 ottobre 2018 viene affermato il principio di diritto secondo cui le previsioni recate nelle convenzioni contro le doppie imposizioni possono trovare applicazione anche nel caso in cui non si manifesti, in concreto, alcun rischio di doppia imposizione internazionale in ragione del fatto che lo Stato al quale pattiziamente compete in via esclusiva l'esercizio del potere impositivo non lo eserciti per norma interna.

*Alla base di tale precedente si pone la qualificazione delle disposizioni pattizie, aventi ad oggetto le diverse categorie reddituali, quali norme "distributive" (cfr. C. VAN RAAD, *Five fundamental rules in applying tax treaties*, in J. DOUCLÉ (a cura di), *Liber Amicorum Luc Hinnekens*, Brussel (2002), pag. 587 e ss.) che operano "una ripartizione del potere impositivo tra gli Stati contraenti con riguardo agli ambiti di possibile sovrapposizione della fiscalità dei due Stati".*

*Come noto, la doppia imposizione internazionale si verifica qualora due o più Stati adottino, nell'esercizio della propria potestà impositiva, criteri di collegamento territoriale tali da rendere la medesima fattispecie imponibile in una pluralità di ordinamenti tributari. In ragione della possibilità che si verifichi un siffatto fenomeno di doppia imposizione, il quale contrasta con lo sviluppo delle attività economiche e degli scambi tra gli Stati, questi, attraverso le convenzioni per evitare le doppie imposizioni, convengono sulla ripartizione delle rispettive potestà impositive al fine di prevenire il potenziale emergere di casi di doppia imposizione (cfr. Cass. Sez. Trib. n. 3414 del 21 febbraio 2005, secondo cui le previsioni contenute nelle Convenzioni assolvono "una funzione limitativa rispetto all'esercizio della potestà impositiva...onde evitare che i contribuenti subiscano un maggior carico fiscale sui redditi percepiti all'estero ed agevolare l'attività economica e d'investimento internazionale (Cass. nn. 1231 e 2532 del 2001)"; in dottrina cfr., ex multis, C. SACCHETTO, voce: *Diritto tributario [convenzioni internazionali]*, in *Enc. Dir., Annali I*, 2007; E. REIMER – A. RUJST, *Klaus Vogel on Double Taxation Convention*, IV^o Ed, *Kluwer International*, 2015 pagg. 29-30).*

Naturale corollario della predetta natura "distributiva" delle norme convenzionali è il principio secondo cui il mancato assoggettamento di un reddito ad imposta nello Stato contraente cui pattiziamente si attribuisce in via esclusiva il potere impositivo "non costituisce valido argomento per disapplicare le norme convenzionali sulla ripartizione del potere impositivo".

Difatti, come già più volte rilevato sia dalla giurisprudenza che in via di prassi, dall'Agenzia delle Entrate, è del tutto "coerente con tali finalità [distributive ndr.] la sola esistenza del potere impositivo principale di uno Stato Contraente indipendentemente dall'effettivo pagamento dell'imposta in tale paese" (così, ex multis, Cass. Sez. Trib. sent. n. 23984 del 24 novembre 2016; Cass. Sez. V ord. nn. 27602, 27601, 27600, 27599, 27598, 27597, 27596, 27595, 24594, 27593, 27592, 27591, 27590, 27589, 27588 del 20 dicembre 2011; Cass. Sez. V sent. nn. 24248, 24247, 24246 del 18 novembre 2011; Cass. Sez. V ord. nn. 6584 e 6583 del 22 marzo 2011; Cass. Sez. V ord. n. 23431 del 19 novembre 2010, n. 23389 del 18 novembre 2010, nn. 23151 e 23150 del 16 novembre 2010, nn. 22652, 22651, 22650, 22649, 22648, 22647, 22646, 22645, 22644, 22643, 22642, 22641, 22640 del 8 novembre 2010, nn. 22528, 22527, 22526 del 4 novembre 2010, nn. 22393, 22392, 22391 del 3 novembre 2010, nn. 22060, 22059, 22058, 22055, 22054, 22053, 22052, 22051, 22050, 22047, 22046 del 28 ottobre 2010, nn. 21774, 21773, 21772 del 22 ottobre 2010, nn. 21481 e 21480 del 19 ottobre 2010, nn. 21119, 21118, 21117, 21116 del 13 ottobre 2010, nn. 20648, 20647, 20646, 20645, 20644 del 5 ottobre 2010, nn. 20515, 20514, 20513, 20512, 20511 del 30 settembre 2010, nn. 20380,

20379, 20378, 20377, 20376, 20375, 20374 del 28 settembre 2010; tra la giurisprudenza di merito più recente, cfr. *Comm. Trib. Reg. di Pescara, sent. n. 1096 dell'8 ottobre 2016*; *Comm. Trib. Prov. di 1° grado di Ternio, sent. n. 97 del 2 maggio 2016*; *Comm. Trib. Prov. di Milano, sent. n. 3705 del 26 aprile 2016*, *Comm. Trib. Prov. di Udine sent. n. 498 del 28 dicembre 2015*; con riferimento alla prassi, cfr. *Ris. n. 167 del 21 aprile 2008*).

Tale orientamento appare altresì del tutto conforme alle indicazioni dell'OCSE sul punto, secondo cui è radicalmente irrilevante ai fini dell'applicazione di una Convenzione che sia effettivamente applicata e riscossa l'imposta da parte dello Stato cui pattiziamente compete l'esclusivo esercizio della potestà impositiva (cfr. il par. 8.11 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (2017), secondo cui "a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax"; con riferimento alle precedenti versioni del Commentario al Modello OCSE, cfr. par. 8.6 del Commentario (2014), ed il par. 8.2 del Commentario (2003)).

Resta salva, ovviamente la possibilità per gli Stati contraenti di disapplicare le norme convenzionali nell'ipotesi di abuso delle stesse da parte del contribuente, circostanza tuttavia che non incrina, ma anzi conferma, il principio secondo cui l'effetto delle norme "distributive" prescinde dall'effettiva imposizione del reddito nello Stato a cui tale norme allochino la potestà impositiva in via esclusiva.

In conclusione, la sentenza della CTP appare senz'altro rispettosa delle norme convenzionali sopra indicate e della giurisprudenza e dottrina prevalente.

Piero Sanvitale

III

Interventi e rassegne

Il processo senza fine

La recente proclamazione della astensione dalle udienze penali e da ogni attività giudiziaria da parte della Unione delle Camere Penali Italiane, cui è seguita quella indetta dall'Organismo Congressuale Forense, mi ha indotto ad effettuare alcune brevi considerazioni sull'imminente entrata in vigore della norma, prevista dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante "Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici" (c.d. Spazzacorrotti), che dispone la sospensione sine die dei termini di prescrizione del reato, a seguito della pronuncia di primo grado, sia essa di condanna che di assoluzione. In effetti, l'abolizione della prescrizione doveva costituire, secondo le intenzioni originarie del Legislatore, un primo tassello di una più ampia e completa rivisitazione del processo penale (se non, a più ampio raggio, dell'intero sistema penale), che ovviamente non potrà essere giammai compiuta entro il prossimo 31 dicembre 2019.

L'Avvocatura italiana ha più volte denunciato che l'intervento operato sulla prescrizione, in difetto di una riforma organica del processo penale, rappresenta una delle pagine più sciagurate della deriva populista e giustizialista del nostro Paese, giacché essa afferma il principio, manifestamente incostituzionale, secondo il quale il cittadino, sia esso imputato che parte offesa del reato, indipendentemente dalla condanna o dalla assoluzione intervenuta in primo grado, debba rimanere in ostaggio della giustizia penale per un tempo indefinito, cioè fino a quando lo Stato non sarà in grado di celebrare definitivamente il processo che lo riguarda.

In effetti, si tratta di una riforma che incide in maniera devastante sui diritti fondamentali dei cittadini (siano essi imputati che persone offese), che rimarrebbero imbrigliati in un giudizio penale per un tempo infinito, senza avere la possibilità di esperire alcun rimedio.

Addirittura 150 Accademici di tutte le Università italiane – docenti di diritto costituzionale, di diritto penale sostanziale e processuale, Presidenti Emeriti della Corte Costituzionale – hanno sottoscritto un appello al Presidente della Repubblica in occasione della promulgazione della legge segnalandone i gravi profili di incostituzionalità, rilevando in particolare la violazione:

- a) dell'art. 27, comma secondo, Cost. e dell'art. 6/2 CEDU sulla presunzione di innocenza, giacché considerare l'imputato - persino se assolto in primo grado - quale "eterno giudicabile", assoggettato ad una pretesa punitiva priva di termini temporali e sostanzialmente illimitata altro non significa che trattarlo alla stregua di un "presunto colpevole", così trasformando il principio in *dubio pro reo* nel principio, illiberale, in *dubio pro republica*;
- b) dell'art. 24, comma secondo, Cost. sul diritto di difesa, poiché a distanza di molto tempo dai fatti le possibilità di difendersi provando, nel contraddittorio delle parti, si contraggono significativamente, essendo difficile non solo raccogliere eventuali prove a discarico, ma persino ricostruire compiutamente e correttamente i fatti;
- c) dell'art. 111, secondo comma, Cost. e dell'art. 6/1 CEDU sul principio di ragionevole durata del processo, perché quest'ultimo è di per sé una poena naturalis e la sua protrazione illimitata implica una sofferenza tanto più intollerabile in un contesto ordinamentale, quale quello italiano, dove i tempi della giustizia penale sono irragionevolmente lunghi;
- d) dell'art. 27, comma terzo, Cost. sulla funzione rieducativa della pena, che è profondamente compromessa – se non addirittura negata in radice – da una sanzione che intervenga a notevole distanza di tempo rispetto al fatto commesso, quando l'autore "non è più la stessa persona", e potrebbe non necessitare più di alcun trattamento rieducativo. La macchina repressiva dello Stato è finalizzata alla rieducazione ovvero alla risocializzazione del reo, sicché la punizione del reo, con il protrarsi del tempo, può essere non più necessaria.

Peraltro, è evidente che l'entrata a regime della norma determinerà un disastroso allungamento dei tempi dei processi, soprattutto a partire dal grado di appello, giacché verrebbe a mancare la sola ragione che oggi ne sollecita la celebrazione. Si tratta insomma di quella famosa "bomba atomica" cui l'allora Ministro Giulia Bongiorno paragonò la potenza devastatrice di una simile riforma.

Nella realtà, l'istituto della prescrizione del reato rappresenta l'irrinunciabile rimedio alla patologia di indagini e processi che durano decenni ed ha la funzione di presidio del principio costituzionale della ragionevole durata del processo.

Soppresso tale equilibratore ed in mancanza di una riforma organica del processo penale che diminuisca in modo drastico la durata del processo penale, il tempo dell'accertamento diverrà infinito, definitivamente trasformando il processo stesso in pena.

Occorre, infine, sgombrare il campo alle tante informazioni distorte strumentalmente evidenziate anche dal sistema mediatico, spesso influenzato da derive populiste innescate da alcune vicende processuali di grande interesse pubblico, con la finalità di dimostrare che la prescrizione è uno strumento privilegiato utilizzato dai potenti per sottrarsi alla legge:

- non è vero, infatti, che la prescrizione è uno strumento in mano ai cavillosi avvocati, giacché qualsiasi richiesta della difesa determina la sospensione del corso della prescrizione, mentre la maggior parte dei rinvii delle udienze è determinato ad errori di notifica o ad assenza dei testi qualificati;

- non è vero che la prescrizione si matura maggiormente nel processo, laddove recenti ricerche statistiche hanno accertato che il 70% delle prescrizioni maturano nel corso delle indagini preliminari e, dunque, prima che il processo sia ancora iniziato;

- non è vero che si prescrivono oltre la metà dei processi penali, poiché le statistiche giudiziarie ci dicono (ed è un dato costante negli ultimi anni) che l'incidenza maggiore della prescrizione si determina nel grado di appello (dove il 25% dei procedimenti riguarda reati per i quali è sopravvenuta la prescrizione), mentre in Cassazione è quasi irrilevante (1,2% dei procedimenti), ed è poco significativa nel giudizio di primo grado (8,8% dei procedimenti);

- non è vero che la prescrizione salva gli autori dei delitti più efferati, poiché, ad esempio, l'associazione di stampo mafioso o quella per agevolare la immigrazione clandestina si prescrivono in 30 anni, l'omicidio colposo sul lavoro in 17 anni e 6 mesi, il furto in abitazione in 12 anni e 6 mesi, la rapina aggravata in 25 anni, l'inondazione, frana o valanga in 15 anni.

Non può giammai considerarsi civile uno stato che permetta ad un cittadino di rimanere sotto processo vita natural durante sia perché lo considera non colpevole fino alla sentenza irrevocabile, sia perché eseguire una pena a distanza di troppi anni significa punire persone oramai diverse da quelle che hanno commesso i fatti di reato.

La prescrizione, in realtà, appartiene al novero delle più alte conquiste della civiltà occidentale. È il diritto romano che ha dapprima stabilito, per giurisprudenza, confini temporali per le varie fasi del processo penale ed ha poi introdotto con Costantino limiti di legge invalicabili all'accusatore per esaurire l'attività istruttoria. Non sorprende, in quest'ottica storica, che il diritto barbarico ignorasse la prescrizione.

D'altra parte, Cesare Beccaria, nel volume *Dei Delitti e delle Pene*, scriveva al paragrafo XIX: "Prontezza della pena. Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile. Il minor tempo dev'essere misurato e dalla necessaria durata del processo e dall'anzianità di chi prima ha un diritto di essere giudicato. Più esplicitamente: " Il processo medesimo deve essere finito nel più breve tempo possibile." Dunque trattasi di questione attinente alla "vicinanza del delitto e della pena" ovvero "quanto è minore la distanza del tempo che passa tra la pena ed il misfatto, tanto è più forte e più durevole nell'animo umano, l'associazione di queste due idee, delitto e pena..." in quanto "una come cagione e l'altra come effetto necessario immancabile".

Ed ancora, scriveva il giurista Mantovani che la prescrizione riposa nell'attenuarsi dell'interesse dello Stato alla punizione dei reati, il cui ricordo, nella società, si è ormai affievolito.

In definitiva ed utilizzando una metafora, la prescrizione è come la febbre: è un sintomo e non la causa della malattia. Non è sufficiente far abbassare la temperatura per ritenere una persona guarita, mentre è necessario indagare sulla causa della malattia stessa, individuarla e curarla.

Brevi note su affidamento “illegittimo” e riparto di giurisdizione

Sommario: -1. Introduzione. -2. Il caso. -3. La pronuncia della Corte. -4 La situazione giuridica soggettiva quale criterio di riparto della giurisdizione. -4.1 Segue: il diritto soggettivo e l'interesse legittimo. -5. Il contrasto interpretativo. -6. La soluzione del contrasto fornita dalla Corte. -7. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, emessa in sede di regolamento ex art. 41 c.p.c.¹, affronta il problema della giurisdizione del giudice ordinario o amministrativo in ipotesi di domanda risarcitoria avanzata in seguito all'annullamento di un provvedimento amministrativo favorevole ma illegittimo.

Tale pronuncia si inserisce in un filone che vede tra i precedenti le tre ordinanze gemelle del 2011². L'analisi della posizione della Suprema Corte impone una serie di considerazioni in merito al riparto di giurisdizione che, nel nostro sistema, è incentrato sulla natura della situazione giuridica tutelata. Referente normativo di primaria importanza in tema è l'art. 24 Cost. che esordisce mediante l'apodittica affermazione secondo cui “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”, così delineando le due situazioni giuridiche cui è accordata tutela nell'ordinamento italiano. Tale classificazione risulta dotata di primaria importanza nel campo del diritto processuale in generale e della giustizia amministrativa in particolare: infatti, è proprio sulla natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo della situazione che si fa valere in giudizio, che si basa tradizionalmente il riparto di giurisdizione.

Spetta al giudice ordinario la soluzione delle controversie aventi ad oggetto un diritto; è riservata al giudice amministrativo il medesimo compito, qualora ci sia in gioco un interesse legittimo. L'unica deroga è rappresentata da quelle materie di giurisdizione cd. “esclusiva” in cui il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi.

Tale definizione delle reciproche e distinte sfere di esercizio della giurisdizione è il punto di arrivo di un lungo e travagliato percorso storico che, tuttavia, ancora oggi non può considerarsi ultimato. Va rilevato che la chiarezza delle affermazioni teoriche, pur sembrando in astratto idonee a risolvere ogni inconveniente che nel concreto potrebbe prospettarsi, sconta il limite delle numerose situazioni che nella realtà giuridica si presentano.

2. Il caso

La questione risolta dall'ordinanza dell'8 marzo 2019 prende le mosse dal fatto che il Comune di Roma, in esito alla deliberazione del Consiglio Comunale e con convenzione successivamente stipulata, concedeva al Consorzio Cesp di Servizi S.r.l. il diritto di superficie su alcune aree del Comune; tale concessione risultava finalizzata alla realizzazione, con contributo statale, di abitazioni da destinare a particolari categorie di dipendenti di Amministrazioni Statali. Il prezzo di cessione ed i canoni massimi di locazione venivano definiti con apposite tabelle a loro volta approvate dal Comune.

Il Consorzio, proprio sulla base di tali attività, procedeva così alla conclusione dei contratti di locazione con canone determinato in base alle dette previsioni tabellari.

¹Cass. Sez. Un. 8/3/2019 n. 6885 il cui testo integrale è rinvenibile sul sito www.lexitalia.it 2019. Questo il principio di diritto affermato dalla Corte: “La controversia relativa ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, della legittimità del cui annullamento non si discute, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto non già la lesione di interesse legittimo pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio, pregiudicato dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato”.

² Si fa riferimento alle ordinanze della Cassazione SS.UU n. 6594, 6595, 6596 dell'anno 2011, in www.lexitalia.it. Tuttavia la questione non può considerarsi risolta, neppure alla luce di un indirizzo costante che appare condivisibile nella sua portata logica: le Sezioni Unite hanno ritenuto opportuno un approfondimento da parte dell'Ufficio del Massimario con ordinanza interlocutoria n. 22432 del 2018, (come richiamata nell'ordinanza n. 6885/2019). In particolare si mira a risolvere il problema della spettanza della giurisdizione sia ove l'affidamento non sia generato dall'emanazione di un provvedimento amministrativo -ma trovi origine in un comportamento della P.A. che lasci presagire la futura emanazione dello stesso- sia ove la lesione dell'affidamento si collochi nelle materie di giurisdizione esclusiva del G.A.

A distanza di 14 anni l'Ente pubblico, agendo in autotutela, aveva chiesto una modifica delle tabelle, prospettando un mutamento che avrebbe determinato la riduzione del canone massimo di locazione e dunque un peggioramento per il privato della complessiva operazione economica.

In esito a tale posizione dell'Ente, il Consorzio adiva il Tribunale ordinario di Roma al fine di accertare la responsabilità di Roma Capitale ed ottenere la condanna di quest'ultima al risarcimento dei danni subiti per aver confidato nella legittimità dell'attività amministrativa in ragione, soprattutto, del lungo lasso di tempo che aveva preceduto l'esercizio dell'autotutela.

Il soggetto pubblico, costituitosi in giudizio, eccepiva l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione. Il Consorzio proponeva così regolamento ex art. 41 c.p.c., sottoponendo il problema dell'individuazione dell'autorità dotata di giurisdizione, ovvero il G.O. oppure il G.A., all'attenzione della Suprema Corte.

3. La pronuncia della Corte

La Suprema Corte di Cassazione nell'ordinanza 6885/2019 conclude nel senso della spettanza della giurisdizione al giudice ordinario, accogliendo il ricorso promosso dal Consorzio Cesp e dalle società immobiliari, quali soggetti destinatari di un provvedimento satisfattivo, poi annullato. A tale conclusione si arriva per mezzo della classificazione della situazione giuridica azionata in giudizio quale situazione di diritto e non di interesse.

A monte, i soggetti ricorrenti vantavano un interesse pretensivo in relazione all'esercizio del potere, in quanto relativo alla concessione di un diritto di superficie. L'agire della P.A. risultava pienamente satisfattivo dello stesso alla luce della delibera positiva del Consiglio Comunale di Roma.

Il problema relativo alla tutela risarcitoria sorge solo in un momento successivo, ovvero nel momento in cui il provvedimento favorevole è oggetto di annullamento in autotutela³. A ben vedere, l'adozione di un provvedimento amministrativo favorevole, come nel caso di specie, e dunque satisfattivo di un interesse pretensivo, genera un affidamento in ordine alla legittimità dell'azione del soggetto pubblico. La fiducia riposta in tale operare porta il privato ad adottare una serie di pianificazioni e misure che implicano un sacrificio economico il quale va certamente tutelato ove il provvedimento favorevole ma illegittimo dovesse essere annullato. Per la Cassazione, dunque, si controverte su un diritto che, nella specie, è il diritto all'integrità del patrimonio con conseguente devoluzione della giurisdizione al G.O.

4. La situazione giuridica soggettiva quale criterio di riparto della giurisdizione

Le conclusioni di cui all'ordinanza n. 6885/2019 impongono una preventiva disamina del criterio di riparto di giurisdizione basato sulla natura della situazione azionata, di diritto soggettivo o interesse legittimo, astrattamente suscettibile di tutela come previsto dall'art. 24 Cost.

La previsione appena citata va letta, per i profili che in questa sede rilevano, alla luce di quanto sancito dagli artt. 103 e 113 Cost. i quali riconoscono la tutela giurisdizionale davanti agli organi di giustizia ordinaria e amministrativa, secondo uno specifico criterio.⁴ Dinnanzi al G.O. vengono portate le questioni che hanno ad

³ La soluzione prospettata dalla Cassazione, ovvero quella della proponibilità della domanda di risarcimento danni subiti in seguito alla caducazione di un provvedimento favorevole ma illegittimo, risulta applicabile tanto all'ipotesi di annullamento in autotutela quanto all'ipotesi di annullamento per provvedimento del giudice.

⁴ Il D.Lgs. n. 104 del 2010, cd. Codice del processo amministrativo, nell'art. 7 comma 1 esplicita il riparto di giurisdizione in questi termini: "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni". La stessa legge provvede a specificare nel comma 4 che "sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma"; nel comma 5 che "nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi". Nel comma 7, a chiusura della disposizione, si definisce il principio cardine della completezza della tutela: "il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi". Dalla lettura dell'art. 7 c.p.a. emerge una posizione del legislatore che sembrerebbe non lasciare spazio alla giurisdizione di giudici diversi rispetto a quello amministrativo nell'ipotesi di controversie legate all'esercizio del potere. Tuttavia già con le ordinanze n. 6594, 6595, 6596 del 2011 la Suprema Corte ha creato un nuovo spazio di intervento del giudice ordinario. In tal senso E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, p. 695.

oggetto un diritto soggettivo; dinnanzi al G.A. tutte quelle riguardanti un interesse legittimo nonché un diritto soggettivo nelle particolari materie, individuate dall'art. 133 c.p.a., in cui sussiste giurisdizione cd. "esclusiva" del G.A. Il così delineato riparto di giurisdizione risulta essere il punto di arrivo di un lungo ed articolato percorso storico: a ben vedere, in un sistema caratterizzato da una rigida separazione di poteri, il controllo da parte del potere giurisdizionale sull'operato amministrativo, risultava di difficile configurazione. Tuttavia, l'esclusione di una qualsiasi forma di sindacato avrebbe condotto ad una totale immunità del soggetto pubblico in ordine all'esercizio delle sue prerogative. Certo è che un bilanciamento tra la garanzia di svolgimento delle funzioni pubbliche e la tutela del cittadino doveva pur essere trovato. Tale punto di equilibrio ha un duplice connotato: da un lato, il riconoscimento di una posizione attiva del privato verso il pubblico potere, che prende il nome di interesse legittimo; dall'altro lato, l'elaborazione di un sindacato giurisdizionale sull'attività della P.A. che ha dei connotati propri, funzionali al mantenimento dell'equilibrio tra poteri, nei cui rapporti le interferenze devono essere ridotte al minimo.

Sotto un profilo storico, le controversie che vedevano coinvolte le amministrazioni risultavano devolute ai Tribunali del contenzioso amministrativo, organi di natura non giurisdizionale, radicati nell'organizzazione del potere esecutivo. Un cambiamento del sistema è riconducibile solo alla Legge 20 marzo 1865 n. 2248 che, se nell'allegato D disciplinava il Consiglio di Stato, nell'allegato E disponeva l'abolizione dei Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo⁵ e la devoluzione al giudice ordinario di tutte le cause nelle quali si facesse questione di un diritto civile o politico⁶. Tale ultima previsione normativa conduceva apparentemente al superamento della barriera relativa alla tripartizione dei poteri poiché, sul piano concreto, le prerogative del giudice ordinario risultavano limitate alla disapplicazione del provvedimento amministrativo.

La giustizia "nell'amministrazione" passa altresì attraverso la legge 31 marzo 1889 n. 5992 con la quale è stata istituita la Quarta Sezione del Consiglio di Stato chiamata a decidere i ricorsi per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, sancendo come criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo quello della *causa petendi*. L'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, pur conferendo copertura costituzionale al descritto sistema dualistico, lascia aperto il problema relativo ai criteri in base ai quali classificare una situazione quale diritto o interesse⁷. La soluzione in realtà è stata fornita dalla Corte di Cassazione che nel 1949 ha elaborato la formula carenza di potere-scorretto esercizio di potere:⁸ la carenza di potere, ovvero l'inesistenza dello stesso, sancisce in capo al privato un diritto con conseguente devoluzione della giurisdizione al giudice ordinario; l'illegittimo esercizio del potere genera una situazione di interesse in capo al soggetto destinatario dello stesso che può essere sindacato solo dal giudice amministrativo. Tale elaborazione giurisprudenziale è arrivata inalterata fino ai giorni nostri quale modello di fondo da seguire, ciò non toglie che una serie di dubbi sul piano dell'individuazione dell'autorità giudiziaria competente a decidere siano ancora esistenti.

4.1.- Segue: il diritto soggettivo e l'interesse legittimo

Il riparto di giurisdizione, così incentrato sulla natura della situazione giuridica fatta valere, impone una disamina, seppur sommaria, dei caratteri tipici del diritto e dell'interesse in modo tale da creare quella forma, quel modello astratto, entro cui sussumere la situazione concreta ed individuare così il giudice competente a decidere. In primis il diritto è definito quale situazione giuridica soggettiva di vantaggio che l'ordinamento conferisce ad un soggetto,⁹ è una posizione positiva garantita al singolo.¹⁰

⁵ Art. 1 dell'All. E, L. 20 marzo 1865 n. 2248.

⁶ Art. 2 dell'All. E, L. 20 marzo 1865 n. 2248.

⁷ Le principali teorie sono: la teoria della degradazione dei diritti; la distinzione tra norme di relazione e norme di azione; la distinzione tra potere discrezionale e potere vincolato; la natura meramente dichiarativa di determinati atti amministrativi. Per una disamina completa delle teorie e dei punti critici si veda F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, pp. 73 e ss.

⁸ Cass. SS.UU., 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro.it*, 1949, I, p. 926.

⁹ Esso è "l'insieme delle pretese, facoltà, immunità e poteri riconosciuti al singolo per il soddisfacimento di un suo interesse secondo il suo libero apprezzamento". In questo senso P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, IXX ed., 2011, p. 48. La stessa linea di pensiero è sposata da A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XX ed., Milano, p. 75: "il diritto soggettivo è il potere di agire (agere licere) per il soddisfacimento di un proprio interesse individuale, protetto dall'ordinamento giuridico".

¹⁰ La dottrina è unanime nel considerare quale nucleo fondamentale della situazione di diritto la presenza di un connotato di vantaggio. In questo senso, *Appunti su alcuni aspetti della storia del diritto soggettivo* di Bernardo Albanese, pubblicato in *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, 4 (Milano 1963), pp. 1-13: si rileva come il diritto soggettivo è una "categoria, un valore di potere, di facoltà, di libertà, di interesse, di disponibilità, e via dicendo: in sostanza, un valore di vantaggio per il titolare del diritto soggettivo stesso. Escogitata, poi, la categoria di rapporto giuridico, fu unanime e spontaneo coordinare ad essa la nozione di diritto soggettivo, intendendo quest'ultimo come il lato attivo, di favore per dir così, del rapporto".

La definizione appena prospettata, per quanto oggi consolidata, è frutto di un lungo percorso teorico che parte dall'affermazione dell'esistenza di un diritto del soggetto a prescindere da un riconoscimento positivo¹¹, un attributo della persona indipendente dalla *societas*¹². Soltanto con l'affermarsi del giuspositivismo, a fronte di una serie di posizioni intermedie¹³, si teorizza il riconoscimento del diritto soggettivo ad opera della legge¹⁴.

Per molti anni la dottrina¹⁵ ha considerato il diritto soggettivo¹⁶ quale unica situazione giuridica configurabile e tutelabile sul piano giurisdizionale,¹⁷ relegando l'interesse legittimo ad un mero potere di reazione ad un provvedimento illegittimamente adottato dalla Pubblica Amministrazione¹⁸.

Con il passaggio da una concezione processuale ad una sostanziale¹⁹, l'interesse legittimo assurge a situazione giuridica soggettiva attiva (*rectius*, la situazione giuridica soggettiva) correlata all'esercizio del potere e in reazione alla cui lesione la Suprema Corte ha ammesso la risarcibilità²⁰. Si tratta della coesistenza nel rapporto tra privato e Pubblica Amministrazione di due situazioni, entrambe attive, una di interesse e una di potere.

Anche in merito alla figura dell'interesse legittimo pagine e pagine di dottrina sono state scritte e diverse ricostruzioni sono state prospettate, fino al riconoscimento della natura di situazione giuridica sostanziale. Il carattere fondamentale dell'interesse legittimo è la sua correlazione al potere e dunque il suo rapportarsi con

¹¹ Così U. GROZIO, *De iure belli ac pacis libri tres*, (1625), ediz. Amstelaedami, 1735, I: "il diritto è una qualità morale della persona riguardante qualcosa da avere o da compiere secondo giustizia".

¹² L'evoluzione storica del diritto soggettivo viene abbondantemente descritta in questi termini in, *Diritto privato nell'antica Roma*, M. BRUTTI, Torino, 2011, pp. 69 ss.

¹³ G. JELLINEK sviluppa la tesi del diritto soggettivo quale "potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o interesse", così in *System der öffentlichen Rechte* (1892),

¹⁴ Per il positivismo giuridico non può essere semplicemente riconosciuto dall'ordinamento ma è da quest'ultimo effettivamente conferito al singolo. In questo senso per H. KELSEN "il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo; è il diritto oggettivo stesso che si rivolge contro un soggetto concreto (obbligo) oppure si mette a disposizione di questo (autorizzazione) in forza della conseguenza giuridica da esso stabilita". Su Kelsen vedasi A. CARRINO, *L'Ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1984.

¹⁵ In questo senso E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, pp. 33 ss.

¹⁶ Il diritto soggettivo, pur nella diversità delle definizioni prospettate, si connota per il rilievo accordato alla volontà del soggetto e, dunque, per quella sfera di libertà allo stesso concessa e riconosciuta. In senso conforme, e nell'intento di funzionalizzare il diritto soggettivo all'ordinamento giuridico e non alla volontà del singolo, si pone la considerazione secondo cui "l'aspetto essenziale del diritto soggettivo è non tanto la tutela della volontà del soggetto che ne è titolare, quanto la tutela dell'interesse che l'esercizio di quel diritto è idoneo a realizzare", in questo senso M. BESSONE, *Istituzioni di diritto privato*, AA.VV., Torino, 2013, p. 67. La centralità accordata alla volontà del soggetto, ai fini della configurabilità della situazione di diritto, è storicamente riconducibile al momento in cui lo stesso, visto nell'ottica del relativismo dominante, veniva ancorato alla potestà del singolo e al suo libero arbitrio. In questo senso, R. SCHWARZ, *Circa natura iuris subjectivi*, in *Periodica* 69, 1980, pp. 190-194.

¹⁷ Sulla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e sugli aspetti processuali ad essa connessi si veda: A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, Riv. Dir. Proc. civ., 1977, I, pp. 395 ss.; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, pp. 569 ss.

¹⁸ Tale assunto è il punto di partenza di tutta l'evoluzione successiva che ha portato a considerare sì l'interesse legittimo quale potere di reazione all'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa ma comunque in modo funzionale alla tutela di un'entità sostanziale, dunque di un interesse protetto dal quale non si può prescindere. Di qui il passaggio dalle teorie processuali a quelle sostanziali, alla luce soprattutto della parificazione operata dall'art. 24 Cost.

¹⁹ Sul punto si è pronunciato il Consiglio di Stato in Ad. Plen. Sent. n. 3 del 2011, in www.lexitalia.it, affermando che: "il disegno codicistico, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'espertibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata. Alla stregua di tale dilatazione delle tecniche di protezione, viene confermata e potenziata la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo".

²⁰ Dopo un lungo periodo di chiusura da parte della giurisprudenza - si veda Cass. SS.UU., 1° ottobre 1982, n. 5030, in *Foro It.*, 1982, I, p. 2424; Cass. SS.UU., 14 gennaio 1992, n. 367, *op. cit.*, 1992, I, p. 1421; Cass. SS.UU., 14 ottobre 1992, n. 364, in *Nuova giur. Civ.*, 1992, I, p. 619; Cass. SS.UU., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. It.*, 1998, p. 569 - la Suprema Corte di Cassazione con la Sent. 500/1999 ha asserito la risarcibilità dell'interesse legittimo. La situazione precedente la pronuncia della Suprema Corte garantiva una sorta di immunità alla P.A. in evidente contrasto con le evoluzioni che toccavano altri settori. Basti pensare al campo strettamente civilistico ove la giurisprudenza ammetteva la risarcibilità di situazioni non propriamente di diritto (ad esempio la tutela risarcitoria per la perdita di *chance*), oppure alla possibilità in sede di giurisdizione esclusiva di condannare la Pubblica Amministrazione al risarcimento del danno sulla base della previsione del D.lgs. 80/1998. Questi fattori, unitamente alla considerazione secondo la quale l'ordinamento comunitario ha da sempre previsto la risarcibilità dei danni arrecati dalle sue istituzioni, hanno portato la Cassazione a mutare la sua posizione di chiusura con la celeberrima pronuncia n. 500 del 1999, in *Foro It.*, f. 11, 1999.

un'altra situazione giuridica attiva. In realtà ciò che va in questa sede sottolineato è che l'interesse legittimo rappresenta l'unica situazione configurabile ai fini della tutela del singolo nei confronti del potere pubblico. Rilevante, ai fini della trattazione, è l'esame della duplice declinazione che l'interesse può avere: oppositivo, qualora il privato, destinatario di un provvedimento limitativo della sua sfera giuridica, ha l'interesse ad opporsi all'esercizio del potere; pretensivo nell'ipotesi in cui la determinazione della P.A. produce un effetto ampliativo della sfera del destinatario del provvedimento. Tale ultima considerazione risulta di particolare importanza proprio alla luce della soluzione prospettata dalla Suprema Corte: nella pronuncia in analisi, il ricorrente in sede di regolamento, infatti, risultava pienamente soddisfatto dall'attività del soggetto pubblico e dunque nessun interesse aveva alla caducazione del provvedimento.

Tale disquisizione in merito alla qualificazione della situazione giuridica azionata in giudizio ha rilevanza proprio perché rappresenta lo strumento di cui la Corte ha fatto applicazione ai fini della soluzione della questione di giurisdizione ad essa sottoposta.

Nella pronuncia in oggetto dunque la Cassazione ha risolto il problema partendo dalla qualificazione della situazione azionata dal privato proprio alla luce del fatto che se la stessa fosse sussumibile nel novero dei diritti soggettivi, la giurisdizione spetterebbe al G.O; se si trattasse di un interesse legittimo, la domanda dovrebbe essere rivolta al giudice amministrativo.

5. Il contrasto interpretativo

La necessità di un intervento della Suprema Corte trae origine dall'esistenza di un contrasto interpretativo in punto di giurisdizione.

In primo luogo si ritiene opportuno rilevare come non possa essere asserita nessuna forma di automatismo tra il coinvolgimento di una P.A. in giudizio e l'esistenza della giurisdizione del G.A. Alla luce di ciò un primo filone giurisprudenziale asserisce che la pretesa risarcitoria derivante dall'annullamento in autotutela - o per pronuncia del giudice - di un provvedimento illegittimo ma favorevole al privato, sia da demandare alla giurisdizione del giudice ordinario. Tale orientamento si basa sulla considerazione secondo cui l'avanzamento di una siffatta pretesa risarcitoria è sradicato da ogni forma di controllo sulla legittimità dell'operato della P.A. Tale affermazione si pone sulla stessa lunghezza d'onda delle decisioni della Corte Costituzionale secondo cui neppure nelle materie di giurisdizione esclusiva può esserci un automatismo di attrazione della tutela risarcitoria ma quest'ultima deve essere strumentale a quella demolitoria.²¹ I fautori di questo orientamento ancorano la tutela risarcitoria non all'illegittimità del provvedimento ma alla violazione del principio del *neminem laedere* ad opera del comportamento della P.A. che ha ingenerato un affidamento in ordine al permanere della situazione favorevole.²² In particolare, la Corte di Cassazione in altre occasioni fa espresso richiamo alla lesione dell'affidamento, quale elemento causativo dell'incolpevole convincimento in ordine alla legittimità dell'atto.²³

A soluzioni del tutto divergenti rispetto alle precedenti giungono invece gli organi di giustizia amministrativa²⁴ i quali asseriscono la giurisdizione del G.A. nell'ipotesi della domanda risarcitoria di cui trattasi. In particolare, l'orientamento de quo ritiene che l'affidamento non sia dotato di alcuna forma di rilievo autonomo ma che lo stesso si configuri solo in relazione alla situazione giuridica rilevante. Nella

²¹ Corte Costituzionale, 06/07/2004, n. 204 in *Foro Amministrativo - C.d.S.* (II), 2004: "l'attribuzione al giudice amministrativo del compito di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento dei danni non costituisce una nuova "materia", ma uno strumento di tutela diverso rispetto a quello classico demolitorio". Tale conclusione è sposata da Cass. Civ. SSUJ, ord. 6594/2011, in *www.lexitalia.it*, in cui si precisa che: "l'attrazione della tutela risarcitoria nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può verificarsi esclusivamente qualora il danno, patito dal soggetto che ha proceduto all'impugnazione dell'atto, sia conseguenza immediata e diretta della illegittimità dell'atto impugnato".

²² Cass. Civ. SSUJ, ord. 6594/2011, si veda nota 3.

²³ Cass. civ. ord. 6595/11 nonché 6596/2011 nonché 1162/2015 in cui si accorda rilevanza alla "negligenza con la quale il Comune aveva ingenerato l'affidamento sulla legittimità dell'atto amministrativo ed il conseguente incolpevole convincimento di potere procedere all'edificazione. Nella specie manca qualsiasi controversia sulla legittimità di atti o provvedimenti amministrativi dalla quale possa derivare una giurisdizione del giudice amministrativo".

²⁴ In questo senso T.A.R. Toscana, Sez. III, 24 agosto 2015, n. 1168, in *Foro Amministrativo*, (II) 2015: "l'affidamento non costituisce un'autonoma situazione giuridica soggettiva qualificabile in termini di diritto soggettivo, trattandosi, al contrario, di una regola di comportamento che deve essere osservata dalle parti in ogni rapporto giuridico (omissis), l'affidamento arricchisce il contenuto delle situazioni giuridiche che fanno capo ai soggetti che sono parti di un rapporto giuridico, assumendo contenuto e qualificazione diversi a seconda delle diverse situazioni sulle quali esso incide, in particolare, nel rapporto giuridico tra potere autoritativo da una parte e interesse legittimo dall'altra, è a questa situazione giuridica soggettiva che l'affidamento inerte, arricchendola. Pertanto, la lesione dell'affidamento provocato dall'esercizio scorretto del potere determina sempre la lesione della situazione giuridica sostanziale tipica che si instaura fra il cittadino e la p.a. quando la seconda esercita le proprie potestà pubblicistiche, vale a dire l'interesse legittimo". In senso conforme anche Tar Lombardia, Milano, II, n. 218/2015, in *Foro Amministrativo*, 2015.

specie, ove sia coinvolto l'esercizio del pubblico potere, l'unica situazione configurabile sarebbe quella di interesse a cui l'affidamento accede, arricchendolo di contenuto. Logica conseguenza di tale posizione è che non vi è alcuna ragione per portare il giudizio dinanzi al G.O., mancando l'elemento imprescindibile, ovvero, la controversia in materia di diritto soggettivo.

6. La soluzione del contrasto fornita dalla Corte

A fronte di queste premesse è opportuno analizzare la logica sottostante alla ricostruzione della Suprema Corte che, con un orientamento ormai consolidato, ritiene esistente la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi di pretesa risarcitoria scaturente dall'annullamento di un provvedimento illegittimo ma favorevole al privato.

La questione nel caso sottoposto all'attenzione della Cassazione si è concretizzata con l'annullamento in autotutela da parte del Comune di Roma di un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del soggetto privato. Risulta rilevante altresì il fattore tempo, atteso che la caducazione della precedente volontà del soggetto pubblico è avvenuta a distanza di ben 14 anni. In questa sede non vuole essere trattata la tematica relativa al merito della fondatezza di una siffatta pretesa risarcitoria, che ha visto posizioni non nette da parte della giurisprudenza,²⁵ tuttavia il problema relativo alla natura della situazione giuridica azionata è quello da analizzare per i profili di giurisdizione. Come si legge nell'ordinanza "la controversia relativa ai danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica, della legittimità del cui annullamento non si discute, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché ha ad oggetto non già la lesione di un interesse pretensivo, bensì una situazione di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del patrimonio, pregiudicato dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato".²⁶

La decisione così formulata passa attraverso la qualificazione della situazione in ordine alla quale è avanzata pretesa risarcitoria, quale situazione di diritto soggettivo, nella specie di diritto all'integrità del patrimonio. La Corte ritiene che nel caso di specie non sia ravvisabile alcuna lesione dell'interesse legittimo che, al contrario, risulta pienamente soddisfatto con la decisione della P.A. In questo caso, chi agisce per ottenere il risarcimento danni non contesta la legittimità dell'esercizio del potere ma invoca una tutela risarcitoria che sia tale da ristorare il depauperamento del patrimonio realizzatosi proprio in virtù dell'esistenza del provvedimento.

Non vi è, in sintesi, alcun riserbo avanzato in ordine all'agire del soggetto pubblico: la condotta di questi è stata pienamente satisfattiva per il privato. La sua posizione risulta compromessa in un momento successivo, sradicato da qualsiasi sindacato sull'attività del pubblico potere, ovvero quello dell'annullamento in autotutela del provvedimento favorevole. Va anche sottolineato che chi agisce per la tutela risarcitoria neppure contesta la illegittimità dell'autotutela, limitandosi a lamentare un danno scaturito dall'affidamento riposto nella correttezza dell'operato del Comune di Roma. Quindi, la giurisdizione del G.O. è asserita proprio alla luce della mancanza di ogni profilo di rilievo di un interesse legittimo che, nella trama della vicenda, non ha subito alcuna lesione. Ad essere lesa è il "diritto alla conservazione del patrimonio, pregiudicato in questo caso dalle scelte compiute confidando sulla legittimità del provvedimento amministrativo poi caducato".²⁷ Si tratta della configurabilità in capo alla P.A. di una forma di responsabilità da lesione dell'affidamento. Il principio di affidamento nell'operato della Pubblica Amministrazione si concretizza "in una situazione di vantaggio in capo ad una persona o ad un'impresa creata da un atto dell'autorità amministrativa che non può essere successivamente rimosso se non a fronte di insuperabili e

²⁵ Va rilevato come, per quanto possa sembrare indefettibile in uno stato di diritto, non ci sia una convergenza in merito alla possibilità di accordare tutela risarcitoria al soggetto destinatario di un provvedimento favorevole poi annullato in sede di autotutela o in sede giurisdizionale. La giurisprudenza ha negato in tempi recenti ogni forma di tutela talvolta ancorando tale diniego alla mancanza del profilo di riconducibilità soggettiva, ovvero di colpa della P.A., quale elemento costitutivo della responsabilità risarcitoria del soggetto pubblico, talaltra alla impossibilità di configurare un risarcimento in ipotesi di un atto ampliativo insuscettibile di ledere la sfera giuridica del richiedente (in questo senso Tar Abruzzo, Sent. 25/02/2011, n. 160 in *Foro Amm. TAR*, 2011); oppure nella non sufficienza del mero annullamento del provvedimento (Cass. Civ., sez. I, Sent. 7479 del 27 marzo 2007, in *Giust. civ. Mass.*, 2007; *Foro amministrativo*, 2007).

²⁶ Cass. Sez. Unite Ord. 6885 del 08.03.2019, in *www.lexitalia.it*, nella motivazione si afferma che la controversia non mette in discussione l'illegittimità dell'atto originario ampliativo della sfera giuridica del privato ma la lesione dell'affidamento riposto nella legittimità dello stesso. Nella fattispecie in esame, come rileva la Corte "l'intervento edilizio del privato, volto alla realizzazione di alloggi da destinare all'edilizia residenziale pubblica, è stato eseguito sulla base di una concessione, attributiva del diritto di superficie, e poi regolato, quanto alla destinazione degli alloggi, alle categorie dei conduttori, e alla misura dei canoni di locazione esigibili, sulla base di una convenzione con il Comune di Roma poi revocata in sede di autotutela con provvedimento di Roma Capitale, della cui legittimità in questa sede non si discute. Va pertanto affermata la giurisdizione del giudice ordinario".

²⁷ Cass., Sez. Unite Civili, Ordinanza 08/03/2019, n. 6885, si veda per la motivazione nota 27.

motivate esigenze di interesse pubblico e salvo indeennizzo",²⁸ principio fortemente radicato nel diritto comunitario,²⁹ che mira così a garantire la stabilità della sfera giuridica del destinatario.

Che si accordi rilevanza all'affidamento nel nostro sistema giuridico è assodato. Va piuttosto condotta un'indagine sulla possibilità di considerare tale situazione quale situazione di diritto soggettivo che rimetta così la giurisdizione al giudice ordinario. A ben vedere, nella pronuncia della Cassazione in analisi, ciò che viene risarcito non è la lesione dell'affidamento in sé considerato ma il diritto all'integrità del patrimonio. L'affidamento è utilizzato quale anello di congiunzione tra la lesione del patrimonio e la condotta della P.A. In particolare, la pretesa risarcitoria ha quale antecedente una condotta del soggetto pubblico - di adozione del provvedimento, di mancato esercizio dell'autotutela per ben 14 anni - che ha indotto il privato a confidare nel mantenimento dello status a sé favorevole. La situazione giuridica oggetto di tutela diviene dunque l'integrità del patrimonio che, nel caso di specie, non è riconducibile all'esercizio illegittimo dell'azione pubblica: infatti, a fronte della non contestazione dell'opera della P.A. in relazione alle leggi che attribuiscono e disciplinano l'esercizio del potere, non può esserci alcun profilo di riconducibilità alla giurisdizione amministrativa. Il diritto all'integrità del patrimonio è una situazione di diritto soggettivo³⁰ con la conseguenza che, se azionata in giudizio una domanda risarcitoria per la sua asserita lesione, la giurisdizione spetta al G.O.

Altro profilo che la Corte nella pronuncia in commento ha preso in considerazione ai fini della devoluzione della decisione al G.O. è quello relativo all'impossibilità di configurare la liquidazione del danno, derivante dalla caducazione di un provvedimento amministrativo favorevole, quale materia di giurisdizione esclusiva. A ben vedere, la tutela risarcitoria può essere accordata dal G.A. soltanto ove si ricada in una situazione di stretta dipendenza tra l'annullamento del provvedimento ed il "conseguente" risarcimento del danno. Il punto è questo: il risarcimento danni da parte del giudice amministrativo può aversi soltanto ove lo stesso sia da complemento alla tutela demolitoria, in modo funzionale alla concentrazione delle tutele dinanzi allo stesso giudice a fronte della richiesta di annullamento del provvedimento.³¹ Nel caso oggetto di analisi questo presupposto imprescindibile non ricorre: infatti il ricorrente non lamenta nessuna illegittimità del provvedimento proprio alla luce del fatto che lo stesso è a lui favorevole e che nessun interesse avrebbe all'annullamento. In sintesi, non vi è giudizio pendente dinanzi all'autorità amministrativa, relativamente alla legittimità del provvedimento che, dunque, non risulta contestata. L'effetto demolitorio, che in astratto potrebbe anche essere frutto di una pronuncia del giudice, ma che nel caso di specie scaturisce dell'esercizio dell'autotutela della PA, è sradicato dalla volontà del ricorrente, che risulta soddisfatto.³²

²⁸ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 257. Si veda anche, L. ALLA, *Il Legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno*, in *Amministrazione in cammino*, Riv. elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione: "gli atti oppure i comportamenti della pubblica amministrazione, anche protratti nel tempo, possono, infatti, indurre nel cittadino un affidamento legittimo sul perdurare di una determinata situazione di vantaggio, connessa all'esercizio del potere, nella quale il cittadino in totale buona fede confida. Tale posizione del privato è considerata meritevole di tutela dall'ordinamento".

²⁹ Tale principio non è espressamente contemplato nei Trattati ma è frutto dell'attività creativa della giurisprudenza comunitaria. Corte Giust. C-15/60, in *Racc.*, 1961, 239; C-14/81, in *Racc.*, 1982, 749; C-15/85, in *Racc.*, 1987, 1005; C-90/95, in *Racc.*, 1997. Inoltre sarebbe connesso con quello civilistico di buona fede oggettiva, ovvero con quel "dovere di correttezza comportamentale richiesto dall'ordinamento nei confronti di chiunque si ponga in relazioni giuridiche con terzi". La rilevanza del legittimo affidamento e della stessa buona fede nel campo del diritto amministrativo è stata per lungo tempo negata sull'assunto della preminenza assoluta del pubblico interesse. G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, in *www.sspa.it*.

³⁰ La dottrina non discute sulla natura di diritto soggettivo di tale situazione, piuttosto, da parte di alcuni autori viene messa in discussione la configurabilità della stessa quale situazione risarcibile. Se da un lato la Cassazione 25.07.1986, n. 4755, in *Nuova giur. civ.* 1987, I, p. 386 ravvisa come la norma sull'illecito aquiliano tuteli "il diritto di ogni cittadino alla propria integrità patrimoniale", la dottrina rileva come la nozione di integrità patrimoniale stia a significare "integrità del complesso dei diritti di carattere economico spettanti alla persona" e dunque la sua lesione è "lesione di uno dei diritti che concorrono a formare il patrimonio", non vi è dunque autonomia della figura. In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol.5, p. 625, Milano, 2012.

³¹ Sul presupposto che la tutela risarcitoria possa essere invocata davanti al giudice amministrativo soltanto quando il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto impugnato, la Cassazione, Sez. Unite, n. 2145/2018, *Rv. 647038-01*, ha affermato la giurisdizione del giudice amministrativo nell'ambito delle controversie nelle quali si faccia questione, anche a fini risarcitori, di attività di occupazione e trasformazione di un bene conseguenti a una dichiarazione di pubblica utilità, ancorché il procedimento nel cui ambito tali attività sono state espletate non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo o sia caratterizzato da atti illegittimi. Con tale pronuncia l'ampliamento della giurisdizione in favore del giudice amministrativo si fonda sul principio secondo cui il risarcimento del danno non costituisce materia di giurisdizione esclusiva ma solo uno strumento di tutela ulteriore, e di completamento, rispetto a quello demolitorio.

³² Significativa in tale direzione anche Cassazione, Sez. Unite, n. 1654/2018, Bianchini, *Rv. 647009-01*. In particolare, si è ritenuta la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario qualora sia stato annullato un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato e questi subisca la lesione di un diritto soggettivo, rappresentato dalla conservazione dell'integrità del proprio patrimonio, per avere sopportato perdite o mancati guadagni a causa dell'operato della P.A.

7. Osservazioni conclusive.

L'orientamento prospettato nell'ordinanza 6885 dell'8 marzo 2019 risulta essere pienamente condivisibile nei suoi sviluppi logici: infatti, sull'assunto di un riparto di giurisdizione fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, l'affermazione del potere di decidere in capo all'autorità giudiziaria ordinaria passa attraverso la definizione della situazione azionata quale situazione di diritto soggettivo. In particolare si tratta della lesione del patrimonio del soggetto privato e dunque del rispettivo diritto all'integrità dello stesso. Tale tipo di decisione non potrebbe, a ben vedere, essere rimessa al giudice amministrativo e ciò per due motivi di fondo: da un lato va rilevato come questi è giudice dell'operato della P.A. in relazione all'*an* e *quomodo* dell'esercizio del potere; dall'altro, il soggetto ricorrente non avanza alcun tipo di contestazione in ordine alla legittimità dell'agire amministrativo e, dunque, mancherebbe quella strumentalità tra la tutela demolitoria e quella risarcitoria che rende quest'ultima complemento della prima, nell'ottica di una concentrazione di tutele e riduzione dei tempi processuali.

Nel caso di specie l'annullamento del provvedimento è stato subito dal privato che in nessun caso avrebbe avuto interesse alla demoltione dello stesso proprio alla luce della sua portata satisfattiva. A fronte della mancata contestazione della legittimità e dello spostamento della questione su una tutela esclusivamente risarcitoria, va asserita la giurisdizione del giudice ordinario: al contrario, infatti, si rischierebbe di investire il G.A. di un compito che non gli è proprio e che si inserirebbe nelle maglie di quello che è prima di tutto un sindacato del potere giurisdizionale sulla correttezza dell'operato della P.A.

Valentina Mancini

La pronuncia si pone sul solco dell'indirizzo tracciato da Cassazione, Sez. Unite, n. 17586/2015, Frasca, *Rv. 636105-01* e ribadito da Cassazione, Sez. Unite, n. 19170/2017, Lombardo, non massimata, secondo cui il privato, a seguito della nuova situazione determinatasi, per effetto del legittimo annullamento di un provvedimento ampliativo, denuncia la lesione, non già di un interesse legittimo pretensivo, quanto, invece, di una situazione di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell'integrità del suo patrimonio. In materia di domande di risarcimento del danno nei confronti della P.A. a seguito dell'annullamento o sostituzione dell'originario provvedimento di concessione di un finanziamento, secondo Cassazione, Sez. Unite, n. 16960/2018, Petiti, *Rv. 649265-01*, spetta al giudice amministrativo la cognizione delle domande che si pongono in rapporto di causalità diretta con il successivo esercizio del potere discrezionale di riesame degli interessi valutati in sede di erogazione, mentre restano riservate alla cognizione del giudice ordinario le azioni risarcitorie fondate su comportamenti della P.A. che prescindono dall'esercizio di quel potere.

I finanziamenti alle imprese in crisi nel nuovo codice dell'insolvenza

Sommario:

1 La regolazione negoziata della crisi

2 La convenzione bancaria

3 I finanziamenti alle imprese in crisi

- 3.1 I finanziamenti prededucibili nella vecchia Legge Fallimentare (R.D.267/1942) e successive modificazioni ed integrazioni
- 3.1.1 I finanziamenti "urgenti"
- 3.1.2 I finanziamenti "ponte" funzionali all'ammissione al concordato preventivo o all'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti
- 3.1.3 I finanziamenti "autorizzati" o strumentali al conseguimento degli obiettivi del piano
- 3.1.4 I finanziamenti post omologa

3.2 I finanziamenti prededucibili nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Decreto Legislativo 14/2019)

- 3.2.1 I finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti
- 3.2.2 I finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti

1. La regolazione negoziata della crisi

La Legge Fallimentare (Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267) ha subito dal 2005 continue modifiche volte ad adeguare le disposizioni dell'ormai vetusta normativa concorsuale al mutato contesto economico: di qui l'esigenza di operare una riforma organica e sistematica della materia dell'insolvenza e delle procedure confluite nel Decreto Legislativo 14 del 12.01.2019 di attuazione della Legge Delega 155 del 19.10.2017: gran parte delle nuove disposizioni entrerà in vigore il 15.08.2020 tra cui quelle relative ai finanziamenti alle imprese in crisi^{1 2}.

¹ Interventi legislativi susseguiti: Legge 80/2005 (modifiche alla disciplina dell'azione revocatoria fallimentare ed al concordato preventivo, introduzione del piano di risanamento attestato e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, delega al Governo per la modifica della Legge Fallimentare; Decreto Legislativo 5/2006 (modifiche alla procedura fallimentare in attuazione della delega legislativa); Decreto Legislativo 169/2007 (decreto attuativo); Legge 122/2010; Legge 134/2012; Legge 3/2012; Legge 221/2012; Legge 98/2013; Decreto Legge 83/2015, conv. dalla Legge 132/2015, recante "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria". I frequenti interventi normativi di natura episodica ed emergenziale hanno generato difficoltà applicative, la formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati, incertezze interpretative (causa di incremento delle controversie e rallentamento dei tempi di definizione delle procedure medesime). È da ricordare che era stata istituita la Commissione per la riforma delle procedure concorsuali presieduta dal Prof. Renato Rordorf, che ha approvato i principi di delega cui ispirare una riforma dell'intera Legge Fallimentare: principi confluiti nella Legge 155 del 19.10.2017 e nel successivo decreto legislativo di attuazione 14 del 12.01.2019. Il Parlamento ha, di recente, approvato la Legge Delega 20/2019 per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della Legge delega 155/2017. Nell'adozione dei decreti in discorso, il Governo dovrà attenersi ai principi e criteri direttivi già fissati da quest'ultima per l'esercizio delle delega principale. Per l'emanazione dei medesimi, viene fissato il termine di 2 anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi emanati in attuazione della delega principale.

² La crisi economica, che ancora perdura, ha messo a nudo vecchi squilibri di "struttura finanziaria" (elevato ricorso all'indebitamento rispetto ai mezzi propri, elevata quota di debiti a breve termine con conseguente elevato rischio di liquidità), di "carattere gestionale" (scarsa pianificazione e sapiente gestione dei flussi, poca attenzione all'esternalizzazione di attività non critiche, errori strategici del gruppo di comando), di "cultura bancaria" (ampia offerta di fidi a revoca, focus sulle garanzie e non sull'azienda), senza dimenticare le criticità legate all'economia globale (scarsa liquidità sul mercato, domanda debole) ed al settore di appartenenza (ciclicità del business, modifiche legislative). Al riguardo, molto è cambiato nell'accesso al credito: Basilea 2, accordo internazionale di vigilanza prudenziale volto ad assicurare stabilità al sistema finanziario, ha imposto alle banche dei paesi aderenti di accantonare quote di capitale proporzionate al rischio assunto valutato attraverso lo strumento del rating imponendo, così, una uniformità dei criteri di valutazione del merito di credito. Inoltre, la crisi finanziaria del 2008 ha ampliato le difficoltà di accesso ai finanziamenti a medio lungo termine determinando un aumento del costo del denaro legato all'andamento dello spread: Basilea 3, in risposta, ha previsto nuove regole al fine di evitare altri scenari di crisi, introducendo norme per il settore bancario che implicano un

Il quadro regolatorio delineato è più coerente con i tempi e le ragioni dell'economia; rilevante è il salto culturale: la crisi come un'eventualità fisiologica nella vita dell'impresa³. Viene affermata la prevalenza delle soluzioni che comportano il superamento dello stato di crisi attraverso la salvaguardia dei valori aziendali, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e viene confermata l'innovazione, già presente nei vari interventi legislativi succedutisi nel tempo, costituita dalla "privatizzazione dell'insolvenza", basata sul principio cardine della libertà di negoziazione delle parti⁴ che lascia al debitore ed ai creditori la possibilità di definire, autonomamente, le regole per la composizione negoziale della crisi⁵.

irrigidimento dei vincoli di liquidità e di capitale. Da ultimo, l'addendum alle linee guida della Vigilanza BCE (pubblicato a marzo 2018) ha introdotto nuove disposizioni relativamente alla copertura, da parte delle Banche, dei crediti deteriorati a partire dal 01.04.2018. Tali disposizioni (verranno discusse dalla Vigilanza con le singole Banche che si discosteranno dalle aspettative sugli accantonamenti indicate nell'addendum in questione) prevedono la copertura dei crediti deteriorati non garantiti entro 2 anni e di quelli garantiti in un periodo massimo di 7 anni. È inutile sottolineare che la questione dei crediti deteriorati del sistema bancario è strettamente correlata al concetto di crisi d'impresa. V. Il sole 24 ore del 10.04.2019

³ Il nuovo codice fornisce una definizione della "crisi" quale stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate: in sostanza, è da intendersi come probabile futura insolvenza. Inoltre, viene confermata la nozione di "insolvenza" legata ad una perdita di capacità reddituale: è necessario regolarla quando esplose all'esterno coinvolgendo altri soggetti. Si manifesta con segnali interni (elevato e costante rischio di liquidità, aumento dell'indebitamento, non sostenibile in relazione al potenziale di creazione di cash flow futuro) e con segnali esterni (ripetute irregolarità in Centrale Rischi Bankitalia, riduzioni e revoche del fidi, azioni esecutive da parte dei creditori, perdite di quote di mercato). Il quadro normativo unitario disegnato dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza detta, innanzitutto, principi giuridici comuni al fenomeno dell'insolvenza destinati ad operare come punti di riferimento per le diverse procedure. È stata abbandonata la tradizionale espressione "fallimento", sostituita da "liquidazione giudiziale", semplificate le regole processuali adottando un unico modello per l'accertamento dello stato di crisi o insolvenza di ogni categoria di debitore (persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente attività commerciale, agricola, artigianale con esclusione dei soli enti pubblici). Inoltre, è stata recepita, ai fini della disciplina della competenza territoriale, la nozione, definita dall'ordinamento dell'unione europea di "centro degli interessi principali del debitore" dando priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale anche tramite un diverso imprenditore, viene, altresì, disciplinata l'insolvenza di gruppo. Gran parte delle nuove disposizioni entrerà in vigore il 15.08.2020 (dopo diciotto mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale - art 389 Decreto Legislativo 14/2019) mentre sono già in vigore (dal trentesimo giorno dalla pubblicazione del Decreto Legislativo in Gazzetta Ufficiale avvenuta il 14.02.2019), le novità per amministratori e sindaci (artt. 378 e 379 CCI), per l'istituzione dell'albo dei soggetti chiamati a svolgere le funzioni di curatore, commissario giudiziale e liquidatore, le norme che impongono alle SRL ed alle società cooperative già costituite il termine di nove mesi per la modifica degli statuti al fine di adempiere all'obbligo di nomina del sindaco o del revisore secondo i nuovi limiti disegnati dalla revisione dell'art. 2477 c.c (collegio sindacale e revisione legale dei conti) al fine di garantire il pieno funzionamento degli organi alla data di entrata in vigore della riforma e soprattutto del sistema di allerta. Per completare la riscrittura dell'intera disciplina occorre la riforma di tutta la parte penale, dell'amministrazione straordinaria ed in parte della liquidazione coatta amministrativa. Non è stata attuata la previsione della delega che rivedeva la competenza degli uffici giudiziari favorendo la specializzazione dei magistrati. Per un'analisi di tutte le altre innovazioni v. La relazione illustrativa al Decreto legislativo 14/2019; v. Crisi d'impresa in Diritto Bancario - approfondimenti 31.01.2019; v. Circolare ABI Serie Legale 2 del 19.04.2019

⁴ Nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la segnalazione della situazione di difficoltà è affidata ad un doppio canale oltre che all'attivazione autonoma dell'imprenditore: gli organi di controllo interni ed i creditori istituzionali (INPS, Agenzia delle Entrate e Agenzia della Riscossione) che provvedono alle segnalazioni al verificarsi del superamento di parametri dimensionali (inadempimenti di importi rilevanti). A gestire le procedure di allerta saranno gli organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI) istituiti presso le C.C.I.A.A.: l'iter inizia con l'audizione del debitore e degli organi di controllo societari in via riservata e confidenziale, se, con la mediazione dell'OCRI, si raggiunge un accordo con i creditori cade la necessità della riservatezza e si apre la strada, su richiesta dell'imprenditore, per misure protettive da azioni esecutive per un periodo massimo di nove mesi. Quando si configura l'insolvenza, la procedura può chiudersi con la segnalazione al Pubblico Ministero per la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale (ex fallimento); v. Italia Oggi, La riforma del fallimento 2019.

⁵ L'esigenza di affrontare la crisi d'impresa con strumenti più elastici era stata già avvertita all'atto della riforma della procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese ex Decreto Legislativo 270/1999; il salto di qualità si è avuto con la "Legge Marzano" ed occasionato dalla crisi Parmalat (L. 39/2004) il cui art. 4bis pone la filosofia del risanamento mediante concordato incentrata sul recupero dell'equilibrio gestionale nell'esercizio di imprese aventi la capacità di produrre reddito regolando l'insolvenza, soprattutto, attraverso l'attribuzione ai creditori della partecipazione ai guadagni dell'impresa risanata. Allo stato attuale vari sono gli strumenti per consentire un'uscita guidata dalla situazione di crisi. Lo strumento giudiziale di regolazione della crisi attraverso accordi con i creditori destinati ad essere perfezionati sotto la protezione del Tribunale è il concordato preventivo. La Legge 134/2012 è intervenuta, proseguendo il disegno riformatore, incentivando la rapida emersione della crisi e la continuità dell'attività aziendale introducendo gli istituti del concordato in continuità (art. 186 bis L.F.) e del concordato in bianco o prenotativo (art. 161 L.F. sesto comma) con "effetti protettivi" immediati: la legge concede al debitore in trattativa con i propri creditori di ottenere l'automatica protezione del suo patrimonio dalle iniziative dei creditori mediante il semplice deposito di una domanda di concordato preventivo. Quest'ultimo, anche così articolato, resta uno strumento "concorsuale": la proposta di ristrutturazione ed il piano sottostante (contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta stessa), deve essere approvata dalla maggioranza dei creditori ed è vincolante anche per i dissenzienti. Nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il concordato preventivo trova la sua disciplina negli artt. 84 e segg.: viene valorizzato il concordato in continuità ove la proposta prevede il superamento della situazione di crisi attraverso la prosecuzione diretta o indiretta dell'attività aziendale sulla base di un adeguato piano che consenta di salvaguardare il valore dell'impresa e tendenzialmente i livelli

Il favor del legislatore per le soluzioni stragiudiziali è confermato, nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (in breve CCI), dall'introduzione delle misure di allerta volte a favorire l'emersione tempestiva della crisi nella consapevolezza che il ritardo determina la progressiva dispersione del valore aziendale pregiudicando la continuità aziendale e la possibilità di soddisfacimento dei creditori⁶. Infatti, un'efficiente e veloce gestione della crisi mitiga il rischio che i prestiti erogati dalle banche si trasformino in partite *non-performing*: l'attivazione della suddetta procedura di allerta da parte degli organi di controllo societari (sindaci e revisori) e dei creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate, Agenzia della Riscossione ed INPS) nonché la presentazione da parte del debitore dell'istanza di composizione assistita della crisi dinanzi all'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI) non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti né di revoca degli affidamenti bancari concessi: sono nulli i patti contrari. (art. 12, terzo comma CCI).

Gli strumenti di soluzione della crisi sono stati graduati in relazione alla gravità ed intensità della medesima articolandosi in "strumenti negoziali stragiudiziali" quali gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento di cui all'art. 56 del nuovo Codice (ex art. 67 terzo comma lett. d L.F.), gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 57 CCI (ex art. 182 bis L.F.) anche ad efficacia estesa disciplinati dall'art. 61 CCI (ex art. 182 septies L.F.) ed agevolati di cui all'art. 60 CCI nonché la convenzione di moratoria di cui all'art. 62 CCI (ex art. art. 182 septies L.F.) ed in "strumenti concorsuali" (concordato preventivo e liquidazione giudiziale ex fallimento). Il favor del legislatore per la regolazione negoziale della crisi è testimoniato dalla protezione di atti, pagamenti e garanzie, quando accordati non solo in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, omologato dal Tribunale, ma anche in esecuzione di un piano stragiudiziale di composizione della crisi attestato, i quali, in caso di insuccesso dell'accordo, sono esonerati dalla revocatoria (sia ordinaria che fallimentare), previsione contenuta nell'art. 166 CCI, terzo comma, lett. d) ed e) che riproduce, nella sostanza, le medesime lettere dell'art. 67 terzo comma L.F.: esenzione cui si accompagna la non configurabilità del reato di bancarotta semplice e preferenziale (art. 324 CCI) per i pagamenti e le operazioni poste in essere in esecuzione del piano (ex art. 217 bis L.F.).

occupazionali con il soddisfacimento dei creditori. Il nuovo codice ha abolito il concordato preventivo liquidatorio puro: sono ammissibili proposte di natura liquidatoria solo quando vi è l'apporto di risorse esterne che deve incrementare di almeno il 10%, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari che non può essere, in ogni caso, inferiore al 20% dell'ammontare complessivo dei medesimi. Ora, il Tribunale dovrà valutare anche la fattibilità economica del piano e per il concordato in continuità è prevista una moratoria per il pagamento dei privilegiati per un periodo di 2 anni dalla data dell'omologazione. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti si sostanziano in una ristrutturazione del passivo prenegoziata con i creditori: raggiunta la maggioranza qualificata del 60% dei crediti il percorso successivo segue la via pubblica (provvedimento di omologa): resta un negozio privatistico, con "momenti giudiziali", che deve assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei; il nuovo codice dell'insolvenza ha disciplinato all'art. 60 gli accordi di ristrutturazione agevolati, perché possono essere stipulati con creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti a condizione che il debitore non proponga la moratoria del pagamento dei creditori estranei e non richieda e rinunci a chiedere misure protettive temporanee. L'art. 61 amplia l'ambito di applicazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa (oggi disciplinati dall'art. 182 septies L.F.) a tutte le ipotesi di ristrutturazione del debito purché l'accordo abbia carattere non liquidatorio prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa, in via diretta o indiretta ed i creditori vengano soddisfatti in misura significativa e prevalente dal ricavo della continuità aziendale. Alla regola devono sottostare le banche, se rappresentano più del 50% della creditoria complessiva, anche nell'ipotesi di accordo liquidatorio. È stato opportunamente precisato che gli effetti dell'accordo possano essere estesi ai non aderenti solo ove essi risultino soddisfatti in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Infine, il piano attestato di risanamento resta una soluzione esclusivamente negoziale, di natura privata della crisi d'impresa che vincola l'imprenditore ed alcuni creditori, per essi il nuovo codice ha previsto la forma scritta, la data certa ed il contenuto analitico indicando la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa, le principali cause della crisi, la definizione delle strategie di intervento e dei tempi necessari, l'indicazione dei creditori e dell'ammontare dei crediti, la specifica indicazione degli apporti di nuova finanza, l'indicazione ed i tempi delle azioni da compiersi e gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto (art. 56 CCI). v. Crisi d'impresa: il nuovo codice, Il sole 24 ore del 23.01.2019 e "Il piano attestato di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti nel codice della crisi" in Diritto Bancario, gennaio 2019.

⁶ L'evidenziata esigenza riformatrice è resa ancora più impellente dalle sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea: Regolamento 2015/848 del Parlamento e del Consiglio del 20.05.2015 che tratta dell'efficienza e dell'efficacia delle procedure di insolvenza per il buon funzionamento del mercato interno; la Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione del 12.03.2014 che ha posto il duplice obiettivo di garantire alle imprese sane in difficoltà finanziarie l'accesso ad un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta di ristrutturarsi in una fase precoce e di dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti; il Regolamento delegato UE 2016/451 della Commissione che stabilisce i principi ed i criteri generali per la strategia di investimento e le regole di gestione del Fondo di risoluzione unico; da ultimo la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22.11.2016 in tema di quadri di ristrutturazione preventiva e seconda opportunità. Il Parlamento Europeo ha approvato il 28.03.2019 il testo dell'accordo raggiunto con il Consiglio sulla proposta della Commissione Europea: è richiesta ora la ratifica da parte del Consiglio prima della pubblicazione della Direttiva nella Gazzetta Ufficiale. Da ultimo, v. il Regolamento UE 2019/630 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17.04.2019.

Le modalità della composizione stragiudiziale sono differenti, in primo luogo, in relazione alla finalità perseguita che può essere di risanamento o di liquidazione: diviene, pertanto, pregiudiziale, in presenza di uno stato di crisi, l'accertamento delle cause della medesima, che sta alla base di qualsiasi valutazione in ordine all'identificazione della soluzione procedurale e della tipologia di intervento sotto il profilo industriale. In sostanza, la decisione se continuare o cessare l'attività d'impresa dovrebbe basarsi sulla valutazione delle possibilità dell'azienda di migliorare la sua posizione competitiva, delle risorse necessarie e di quelle disponibili, per tentare di salvare quanto ancora esiste di vitale e produttivo, evitando il rischio di sprecare tali risorse se l'azienda è ormai irrecuperabile o di impiegare risorse sproporzionate rispetto ai limitati risultati attesi⁷.

2. La convenzione bancaria

È di tutta evidenza che una composizione stragiudiziale della crisi non è pensabile senza l'adesione al piano di una parte significativa degli istituti di credito che vengono a svolgere un ruolo centrale nella risoluzione della crisi d'impresa in quanto sono i principali creditori e detentori di garanzie, sono, altresì, determinanti per la continuità aziendale, poiché possibili fornitori di nuova finanza ed inoltre per il mantenimento delle linee di credito in essere.

Per quanto articolati e complessi possano essere i piani posti a fondamento delle convenzioni bancarie, gli strumenti restano, per lo più, quelli tradizionali dell'accordo di moratoria delle somme dovute per un periodo definito, del consolidamento delle esposizioni a breve termine, della rimodulazione delle medesime, del riscadenamento dei finanziamenti a medio lungo termine. Segue il *pactum de non petendo*⁸ con postergazione dei crediti passati rispetto all'eventuale nuova finanza concessa, al quale si accompagna, di regola, la riduzione o l'azzeramento della misura degli interessi per il periodo di consolidamento, con rinuncia a parte del credito (stralcio) e la conversione di quote di credito in capitale⁹.

Il processo di ristrutturazione dell'indebitamento, come già detto, prende avvio con l'identificazione della crisi (individuazione delle cause), la definizione delle possibili azioni da intraprendere (quale percorso seguire), la negoziazione degli accordi con i creditori (creazione del consenso) ed infine la predisposizione del piano nonché la formalizzazione del medesimo sino a pervenire alla stipula dell'accordo ed alla conseguente verifica della sostenibilità¹⁰.

L'accordo è generalmente suddiviso in "premesse" (rappresentazione della situazione che ha determinato lo stato di crisi), in "termini e condizioni dell'accordo" che definiscono la struttura dell'operazione (condizioni sospensive, impegni delle banche, impegni della società e clausole risolutive) ed "allegati" (elenco delle banche creditrici e relative esposizioni)¹¹.

La capacità di comprensione del posizionamento reale dell'impresa e la complessità del cambiamento da porre in essere richiedono la presenza di un *advisor* (industriale/finanziario/legale), chiamato a raccogliere le informazioni, a verificare le principali criticità aziendali ed a stabilire una strategia complessiva. Il medesimo

⁷ Quando l'accordo con i creditori non si raggiunge o non viene eseguito, la regolazione della crisi può essere imposta al debitore con la procedura di liquidazione giudiziale (*ex fallimento*) che costituisce, nell'evoluzione della filosofia della materia fallimentare, una *extrema ratio* cui ricorrere solo quando la crisi non sia stata, tempestivamente, affrontata e la migliore soddisfazione dei creditori non possa essere, in altro modo, garantita.

⁸ Il *pactum de non petendo* è la pattuizione con la quale il creditore si obbliga nei confronti del debitore a non richiedere l'adempimento. Non determina l'estinzione del debito e costituisce una semplice rinuncia all'azione che può essere anche solo temporanea e finalizzata alla dilazione o alla rateizzazione del pagamento.

⁹ La possibilità delle banche di convertire in azioni crediti verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria è consentita con l'osservanza delle prescrizioni contenute nella Circolare della Banca d'Italia n.285 del 17.12.2013, parte III capitolo I sezione IV (Partecipazione in imprese in temporanea difficoltà finanziaria) emanata a seguito della Direttiva CEE 89/646 e del D.Lgs. 481/1992 di attuazione.

¹⁰ L'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha elaborato un Codice di comportamento tra le banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa: esso include condotte basate sulla trasparenza e correttezza nei rapporti reciproci tra banche e nei confronti delle imprese al fine di ridurre i rischi relativi all'eventualità che si possa configurare una concessione abusiva del credito o una direzione e controllo indiretto dell'impresa in crisi.

¹¹ Le condizioni sospensive consistono, essenzialmente, nell'accettazione dell'accordo da parte di tutte le banche entro una data stabilita e nel perfezionamento delle garanzie previste. Tra gli obblighi delle banche ricordiamo l'impegno a non procedere alla risoluzione dei contratti in essere, a non intraprendere azioni legali, a non presentare istanza di liquidazione giudiziale, a non escutere le garanzie, a mantenere e consentire l'utilizzo delle linee di fido. Tra gli obblighi della società vi è l'impegno a non concedere garanzie, a non costituire vincoli sui propri beni, ad utilizzare le linee di credito, esclusivamente, per l'ordinaria operatività aziendale, ad informare, tempestivamente, le banche al verificarsi di uno degli eventi risolutivi previsti. Tra le clausole risolutive, rileva la facoltà della banca di recedere dall'accordo nel caso di emissione di decreto ingiuntivo in danno della società, di compimento di atti di disposizione del patrimonio della società senza il consenso degli istituti di credito.

svolge, altresì, un'analisi prospettica del settore e redige il piano industriale, successivamente, quello finanziario ed infine una proposta da offrire ai terzi coinvolti nella ristrutturazione del debito.

La banca dovrà effettuare una valutazione economica comparativa, da un lato, del valore attuale dell'esposizione creditizia in ipotesi di futura ed eventuale liquidazione giudiziale della società, tenuto conto, di garanzie e privilegi a favore dei vari soggetti che si insinuerebbero al passivo fallimentare e, dall'altro lato, dell'analogo valore in ipotesi di ristrutturazione dell'esposizione debitoria nella prospettiva del risanamento, tenuto conto delle varie concessioni (stralci, revisione delle condizioni e del piano di ammortamento dei prestiti in essere, di nuova finanza etc.) che la banca sarebbe chiamata o disposta a negoziare. È evidente che, solo se il valore post ristrutturazione è superiore al valore di liquidazione, la banca vorrà aderire al piano.

Il Decreto Legge 83/2015, conv. dalla Legge 132/2015, recante "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria", ha introdotto l'art. 182 septies L.F. il quale statuisce che, quando un'impresa ha debiti verso banche ed intermediari finanziari in misura non inferiore a metà dell'indebitamento complessivo, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis L.F. o di una "convenzione diretta a disciplinare, in via provvisoria, gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari", vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria¹² ¹³. Ciò sarà possibile quando tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede, ricevendo complete ed aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore e quando i crediti delle banche e degli intermediari finanziari aderenti rappresentino il 75% dei crediti della categoria. Un professionista, in possesso dei requisiti ex art. 67 terzo comma lett. d) L.F., deve attestare l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici tra i creditori interessati dalla moratoria: i "dissenzienti di categoria" sono vincolati alle pattuizioni raggiunte in seguito alle trattative condotte.

In nessun caso, per effetto degli accordi e delle convenzioni, ai creditori non aderenti può essere imposta l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di finanziamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuova finanza. Non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

Tale previsione tende a togliere alle banche che vantano crediti di modesta entità il potere di interdizione in relazione ad accordi che vedano l'adesione delle banche creditrici maggiormente esposte. Resta fermo l'integrale pagamento dei creditori non finanziari e l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione da parte del Tribunale: provvedimento omologatorio non richiesto per la convenzione di moratoria. L'art. 62 del nuovo Codice, in aderenza alla prescrizione di cui all'art. 5 comma primo lett. a) della Legge Delega 155/2017, estende l'ambito di applicazione dell'istituto non più limitato alle convenzioni stipulate con banche o intermediari finanziari. La disposizione regola, ora, tutte le convenzioni di moratoria intervenute tra un imprenditore, anche non commerciale, ed i suoi creditori. Nel comma primo è stato meglio precisato l'oggetto della convenzione che disciplina, in via provvisoria, gli effetti della crisi e riguarda ogni tipo di misura che non comporti rinuncia al credito. Il comma secondo individua i requisiti necessari per l'estensione degli effetti della moratoria: viene ribadita la soglia del 75% dei creditori aderenti appartenenti alla medesima classe, la necessità che tutti i creditori appartenenti alla classe siano stati debitamente e compiutamente informati e siano stati messi in condizione di partecipare alle trattative mentre è stato, opportunamente, precisato che gli effetti della moratoria possono essere estesi ai non aderenti soltanto ove essi risultino soddisfatti in misura superiore rispetto alla liquidazione giudiziale. È sempre prescritto il deposito di una relazione redatta da un professionista indipendente designato dal debitore: è stato ampliato l'oggetto dell'attestazione che riguarda ora anche la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi oltre che le concrete prospettive di soddisfo dei creditori non aderenti. Il comma terzo conferma i limiti dell'estensione degli effetti della convenzione a questi ultimi. I successivi commi regolano il procedimento: il debitore ha l'obbligo di comunicare la convenzione e la relazione del professionista ai creditori non aderenti i quali possono opporsi entro trenta giorni dalla comunicazione della medesima. Con l'opposizione, la Banca o l'intermediario finanziario possono chiedere

¹² Tale istituto è una variante dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis L.F. da cui si differenzia per il presupposto applicativo costituito dal prevalente indebitamento verso le banche.

¹³ Si tratta di una deroga rilevante ai principi contrattuali "generali" di cui agli artt. 1372 (efficacia del contratto) e 1411 c.c. (contratto a favore di terzi) per i quali il contratto ha effetto solo tra le parti che lo stipulano.

che la convenzione non produca effetti nei loro confronti: il Tribunale decide sulle opposizioni con sentenza nei cui confronti è ammesso reclamo.

3. I finanziamenti alle imprese in crisi

La ristrutturazione di un'impresa in crisi è, talvolta, possibile anche senza il ricorso ad ulteriori finanziamenti; tuttavia, la concessione di nuova finanza consente di disporre di maggiori risorse sia per la gestione della fase di emergenza sia per la successiva fase di impostazione del "processo di ritorno al valore", accrescendo le probabilità di successo dei tentativi di risanamento aziendale.

È un dato di comune esperienza che le banche finanziatrici sono quasi sempre coinvolte in tutti i percorsi di risanamento¹⁴ (14). È nota la difficoltà che incontra l'impresa nell'ottenere dai creditori professionali risposte coordinate ed in tempi ragionevoli, compatibili con le pressanti esigenze dettate dalla situazione di crisi. Per i finanziatori diviene fondamentale l'individuazione di comportamenti e prassi volte ad aumentare il grado di sicurezza delle operazioni di finanziamento e di gestione del "credito problematico": essenziale diviene lo scambio di informazioni di qualità tra imprese e banche. Occorre una leale ed aperta dialettica con i creditori rilevanti per il successo dell'operazione di ristrutturazione. Non di rado, i creditori concordano fra di loro sulla necessità di un'assistenza professionale comune nei rapporti con il debitore.

Il pacchetto informativo da offrire ai finanziatori professionali si sostanzia nel "piano", sottostante tutti gli interventi di risanamento: la fattibilità economico-giuridica del medesimo (aspetto valutativo) e la veridicità dei dati ivi contenuti (aspetto oggettivo/numerico) devono essere attestati da un professionista designato dal debitore (art. 56 quarto comma, art. 57 quarto comma e art. 87 secondo comma CCI).

L'attestazione è il risultato di un processo di verifica sui presupposti del piano di soluzione della crisi, sulla ragionevolezza delle analisi e previsioni e sulle metodologie usate; fondamentale è il controllo dei dati aziendali di partenza e cioè l'accertamento dell'adeguatezza dell'assetto contabile e dell'attendibilità del procedimento di formazione delle grandezze contabili nonché la verifica della coerenza degli atti indicati nel piano rispetto all'obiettivo del risanamento e delle ipotesi poste a fondamento del medesimo con il quadro macroeconomico e di settore¹⁵. Il professionista, chiamato a più riprese ed in tutti gli istituti, concorsuali e non, a formulare il proprio giudizio sulle proposte avanzate dal debitore, assume un ruolo fondamentale ai fini della tutela dei terzi¹⁶. Quelli maggiormente bisognosi di tutela sono i creditori che non sono parte di accordi con l'imprenditore i quali potrebbero vedere depauperato (o destinato alla soddisfazione prioritaria di alcuni, soltanto, dei creditori mediante il rilascio di garanzie) il patrimonio di questo senza la possibilità della reintegrazione successiva della garanzia patrimoniale mediante l'azione revocatoria¹⁷.

Nel quadro di un intervento normativo volto a favorire il risanamento delle imprese in crisi, assicurandone la continuità della gestione aziendale, si rendeva necessario introdurre nuove norme che incentivassero i prestatori di fattori produttivi, strumentali al risanamento, ad erogare le risorse finanziarie all'impresa in crisi senza il timore di subire, in un eventuale successivo fallimento, ora liquidazione giudiziale, la revocatoria dei

¹⁴ Le "Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi" Assonime/Università degli studi di Firenze /CNDCEC 2017 prevedono che il piano deve essere costruito utilizzando le prassi professionali per la redazione del business plan, ossia esplicitando le ipotesi poste alla sua base per meglio comprendere la relazione tra azioni proposte e risultati attesi e le fonti informative utilizzate per la sua predisposizione al fine di valutare la fondatezza delle previsioni ivi contenute. È essenziale l'indicazione di obiettivi intermediali fine di verificare la perdurante fattibilità del piano che deve rappresentare la possibile evoluzione, nel breve e medio periodo, della situazione aziendale sino a raggiungere un nuovo punto di equilibrio da cui ripartire. La complessità del giudizio che ha ad oggetto dati industriali e finanziari prospettici impone l'utilizzo da parte dell'attestatore di rigorose procedure di controllo al fine di verificare l'astratta idoneità ad essere attuato con successo. L'arco temporale del piano, entro il quale l'impresa dovrebbe raggiungere una condizione di equilibrio economico-finanziario, non dovrebbe estendersi oltre i 3/5 anni: periodo giudicato dalla prassi aziendale sufficiente per mostrare gli effetti di interventi strutturali.

¹⁵ V. Italia Oggi, La riforma del Fallimento 23 01.2019.

¹⁶ Centrale è il ruolo del professionista che deve operare il difficile bilanciamento tra la salvaguardia del valore dell'impresa in crisi e la tutela del ceto creditorio. L'attestazione, sostanzialmente, è una relazione su un piano redatto da altri che deve consentire ai terzi interessati, tra cui le banche, di verificare con immediatezza l'iter logico-giuridico e le sue basi fattuali. Essa qualifica il piano e dà stabilità agli atti da compiersi in sua esecuzione. L'asseverazione conferisce "data certa" al programma di risanamento, in particolare ai sottostanti e futuri atti esecutivi e quindi consente all'impresa in crisi di conseguire gli "effetti protettivi" da revocatoria in caso di successivo fallimento ora liquidazione giudiziale.

¹⁷ Particolare cautela occorre nella previsione della concessione di garanzie sui beni del debitore che possano avere l'effetto di sottrarre, definitivamente, ai creditori non garantiti il bene oggetto della garanzia stessa: è ragionevole che a fronte di nuovi interventi, il finanziatore acquisisca una garanzia. Inoltre, la legge non vieta che nel piano vengano prestate garanzie per debiti preesistenti: i creditori che accettano riduzioni di capitale, dilazioni, ben potrebbero esigere la prestazione di una garanzia per i debiti ristrutturati. Le nuove garanzie che le banche possono, legittimamente, ottenere sulla concessione dei nuovi finanziamenti determinano una modifica degli assetti delle garanzie patrimoniali preesistenti.

pagamenti ricevuti o la collocazione del relativo credito insieme ai creditori anteriori per i quali vale la legge del concorso¹⁸.

Il finanziamento delle imprese in crisi, nel nostro Paese, ha ricevuto una prima disciplina solo a partire dal 2005 con l'introduzione di due "percorsi stragiudiziali" protetti per la soluzione della crisi e con la modifica del concordato preventivo ed ha assunto importanza crescente con l'acuirsi della crisi economica, tanto da essere oggetto di ulteriori interventi legislativi. Il "decreto sviluppo" (D.L. 83/2012 convertito con modificazioni dalla L.134/2012) (19), si è posto l'obiettivo di agevolare le imprese che intendono proporre un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione a risolvere la crisi attraverso la possibilità di contrarre finanziamenti provenienti da qualsiasi fonte, sia interna che esterna all'impresa, al fine di superare le difficoltà di accesso al credito che, normalmente, incontrano, le imprese in crisi; successivamente, il D.L. 83/2015, conv. dalla Legge 132/2015, integrando l'art.182 quinquies L.F., ha previsto la "finanza d'urgenza".

Il finanziamento a queste ultime presenta un elevato grado di rischio che difficilmente viene assunto dall'investitore in assenza della garanzia che il suo credito sarà rimborsato integralmente e con priorità rispetto agli altri¹⁹. Tale garanzia era, inizialmente, riconosciuta dall'art. 111 L.F. solo per i crediti sorti in "occasione o in funzione delle procedure concorsuali". Successivamente, per favorire il ricorso alle soluzioni concordate, la L. 122/2010 ha esteso il beneficio della prededuzione attraverso la modifica dell'art. 182 quater L.F. e l'introduzione del nuovo articolo 182 quinquies L.F. oggetto di successive integrazioni²⁰.

L'incentivo voluto dal legislatore è stato affidato al meccanismo della "prededuzione" dei crediti, istituto proprio della disciplina fallimentare che consente la certezza nel rimborso dei crediti ed altresì nel tempo di restituzione cioè prima del soddisfacimento dei privilegiati: è, in sostanza, una modalità di pagamento prioritario del credito.

La ratio legis è ravvisabile nell'esigenza di rafforzare la tutela di quei soggetti, principalmente le banche, disposti ad erogare nuova finanza ad imprese in crisi e quindi ad una categoria di debitori, particolarmente, a rischio.

È un beneficio riconosciuto ad ogni forma di finanziamento a prescindere dalla qualifica del soggetto erogatore. Il supporto finanziario all'impresa che intende ristrutturarsi trova ora la sua disciplina nelle seguenti disposizioni:

- Art. 182 quinquies, secondo comma L.F.: finanziamenti "urgenti"
- art. 182 quater, secondo comma L.F.: finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o di ammissione alla procedura di concordato preventivo (finanziamenti-ponte)
- art. 182 quinquies, primo comma L.F.: finanziamenti successivi al deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione o della proposta di concordato e sino all'omologazione (finanziamenti autorizzati)
- art. 182 quater, primo comma L.F.: finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (finanziamenti post omologa)²¹.

Come già affermato, i crediti prededucibili sono crediti che nel corso di una procedura concorsuale devono essere liquidati al di fuori del riparto ossia fuori dal concorso: cioè sono sottratti ex ante dall'attivo disponibile. Originariamente, tale caratteristica era limitata alle spese e ai debiti contratti per l'amministrazione della procedura, tuttavia la crescente esigenza di favorire il salvataggio dell'azienda e l'accesso al credito da parte dell'imprenditore in crisi da un lato e di incentivare i potenziali finanziatori all'erogazione di tali risorse (anche in una situazione di incertezza circa le prospettive della società debitrice) dall'altro lato, hanno indotto il legislatore ad estendere il riconoscimento del beneficio della prededuzione.

¹⁸ Le richieste di nuova finanza dovranno essere valutate dalla banca secondo i normali criteri di prudente gestione del credito ed il beneficio della prededucibilità non può essere la sola ragione giustificatrice dell'erogazione di nuovi interventi. La banca dovrà essere messa nelle condizioni di poter disporre di una documentazione da cui sia possibile evincere i flussi prospettici che permettano il rimborso dell'esposizione.

¹⁹ La disciplina generale della prededuzione è contenuta nell'art.111, secondo comma, L.F. che considera prededucibili i crediti così specificamente qualificati da una legge o quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali. Inoltre, l'art.161, settimo comma L.F., considera prededucibili i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli "atti legalmente compiuti dal debitore". Ora le norme di riferimento sono gli artt.6, 98, 221 e 222 del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

²⁰ Il termine finanziamento è da intendersi in senso "atecnico" includendo tutti i contratti caratterizzati da una causa di credito ed in qualunque forma effettuati ivi compresa l'emissione di garanzie (v. Rivista di diritto bancario, novembre 2018, n.57).

²¹ Per il piano attestato di risanamento non è previsto nessun incentivo per la concessione di nuova finanza: esso costituisce una soluzione privata della crisi d'impresa che vincola l'imprenditore ed alcuni creditori. Nella nuova previsione (art.56) il piano deve avere data certa e può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore.

Tale estensione ha comportato un intreccio normativo ed una progressiva riduzione dell'attivo disponibile per la distribuzione ai creditori concorsuali qualora la ristrutturazione non avesse esito positivo. Per questo la Legge Delega per la riforma della materia fallimentare (L. 155/2017) ha fissato tra i principi guida quello di "economicità delle procedure concorsuali" da attuarsi anche con il contenimento delle ipotesi di predeuzione. Il nuovo codice elenca i crediti cui è attribuito il beneficio della predeuzione (art. 6 primo comma)²²: tra i crediti qualificati come tali dalla legge sono disciplinate, espressamente, tre ipotesi di finanziamenti predeucibili:

- i finanziamenti autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 99 Decreto Legislativo 14/2019)
- i finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 101 Decreto Legislativo 14/2019)
- i finanziamenti dei soci (art.102 Decreto Legislativo 14/2019)²³.

Da ultimo, in base alla previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 14 del nuovo Codice, le banche e gli altri intermediari di cui all'art. 106 T.U.B. nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti. È da ricordare che l'erogazione di finanziamenti a soggetti in crisi da parte delle banche deve tener conto di specifici obblighi regolamentari richiesti dalle Autorità di Vigilanza in termini di patrimonializzazione e di rettifiche su crediti, subordinati allo standing creditizio dell'impresa affidata.

3.1 I finanziamenti predeucibili nella vecchia Legge Fallimentare (R.D.267/1942) e successive modificazioni ed integrazioni

3.1.1. I finanziamenti "urgenti"

In base alla previsione di cui al secondo comma dell'art. 182 quinquies L.F., (così come integrato dal D.L.83/2015 conv. dalla Legge 132/2015), Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato ai sensi dell'art. 161 sesto comma L.F. ("concordato in bianco"), anche in assenza del piano di cui all'art. 161 secondo comma lett. e) L.F., o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis primo comma L.F. o una proposta di accordo (ai sensi dell'art. 182 bis sesto comma L.F.), può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in via d'urgenza, a contrarre finanziamenti predeucibili ai sensi dell'art. 111 L.F. funzionali a "urgenti necessità" relative all'esercizio dell'attività aziendale. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, deve indicare che il debitore non è in grado di reperirli altrimenti e che, in assenza dei medesimi, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il Tribunale, chiamato a valutare la richiesta, assumendo anche sommarie informazioni sul piano concordatario e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il Commissario Giudiziale, se nominato, decide entro 10 giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La finalità della nuova previsione è quella di favorire esiti efficienti ai tentativi di ristrutturazione rispondendo alla straordinaria necessità di rafforzare le disposizioni sull'erogazione di provvista finanziaria alle imprese in crisi.

3.1.2. I finanziamenti-ponte funzionali all'ammissione al concordato preventivo o all'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti

È la nuova finanza volta a mantenere la solvibilità evitando il fallimento, a garantire la continuità aziendale (pagamento di stipendi, fornitori strategici, imposte e contributi), nel caso in cui il concordato o l'accordo prevedano la prosecuzione dell'attività d'impresa, a poter contare su una somma di denaro sufficiente ad effettuare il deposito delle spese della procedura concordataria ed a pagare i professionisti incaricati a vario titolo di assistere l'imprenditore.

²² È stato chiarito che qualora si siano verificate le condizioni per il riconoscimento della predeuzione, i relativi crediti conservino tale beneficio anche nel corso delle eventuali successive procedure esecutive o concorsuali. L'art. 98 del nuovo codice recante la rubrica "predeuzione nel concordato preventivo" pone una regola generale prevedendo che i crediti predeucibili sono destinati, in quanto tali, ad essere soddisfatti in corso di procedura, alla loro naturale scadenza.

²³ L'art.102 Decreto Legislativo 14/2019 prevede una deroga alla previsione della postergazione dei finanziamenti effettuati dai soci a società in situazioni di squilibrio patrimoniale-finanziario (artt.2467, 2497 quinquies codice civile) nei casi in cui tali finanziamenti abbiano le caratteristiche di cui agli artt. 99 e 101 del nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ossia siano stati erogati in funzione o in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato preventivo. In tal caso, non solo i finanziamenti effettuati dai soci non sono postergati, ma è anche attribuito loro, in tutto o in parte, il carattere della predeucibilità.

La "funzionalità" non dipende dal successo del piano: essa deve caratterizzare, oggettivamente, i finanziamenti e deve formare, necessariamente, oggetto della relazione del professionista attestatore il quale, anche ai fini del successivo controllo giudiziale, deve esaminare ed esporre il ruolo svolto dai medesimi nel periodo che ha preceduto la presentazione della domanda dimostrando il nesso di funzionalità. Essi devono essere, analiticamente, descritti in modo che l'esperto prima ed il Tribunale poi siano in condizione di apprezzarne la funzionalità prescritta dalla legge. In sostanza, è possibile finanziare l'impresa in difficoltà, anche a prescindere dall'autorizzazione del giudice, se il finanziatore si assume il rischio che la proposta di accordo o di concordato non vada a buon fine.

In quanto già erogati, necessariamente, prima della presentazione della domanda non si pone un problema di autorizzazione ma solo un problema di trattamento preferenziale. A tal riguardo l'art. 182 quater, secondo comma L.F. indica le condizioni in assenza delle quali tali finanziamenti sono trattati come chirografari.

Essendo sorti in epoca anteriore, la legge pone rigorosi requisiti ai fini del riconoscimento della loro natura prededucibile perché trattasi di crediti che, per loro natura, non sono prededucibili: oltre all'antioriorità dell'erogazione ed al nesso di funzionalità, la "prededucibilità" è riconosciuta purché i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'art. 160 L.F. o dall'accordo di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F. e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione a concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

In base alle integrazioni apportate all'art. 182 quinquies dal Decreto Legge 83/2015 (conv. dalla Legge 132/2015), il debitore può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161, secondo e terzo comma L.F., a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 L.F. se un professionista attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. In sostanza, la nuova previsione consente al Tribunale di autorizzare il debitore, fin dalla presentazione della domanda prenotativa, a contrarre limitati finanziamenti a sostegno dell'attività aziendale nel periodo necessario a presentare l'istanza di autorizzazione del vero e proprio finanziamento interinale.

La legge subordina l'attribuzione del rango prededucibile ad un evento futuro ed incerto quale il provvedimento di omologazione, statuendo che, a seguito della riforma del 2012, essi "sono parificati ai crediti di cui al primo comma" e cioè ai finanziamenti in esecuzione: la giustificazione potrebbe risiedere nel fatto che, trattandosi di crediti anteriori all'ammissione a concordato preventivo o al deposito della domanda di omologazione dell'accordo, non sarebbero prededucibili per loro natura ma solo se equiparati per legge a quelli sorti in esecuzione di un concordato o di un accordo. Non è prevista testualmente né un'esenzione da revocatoria né un'esimente da bancarotta anche se, sul piano sistematico, può ipotizzarsi ne godano ugualmente in quanto parificati ai finanziamenti in esecuzione di cui al primo comma.

3.1.3. I finanziamenti autorizzati o strumentali al conseguimento degli obiettivi del piano

Il legislatore del 2010 aveva lasciato scoperta l'area dei finanziamenti richiesti dopo il deposito della domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di concordato preventivo e sino al provvedimento di omologa. La gestione dell'impresa nel periodo che va dalla pubblicazione nel registro delle imprese della suddetta domanda al decreto di ammissione costituisce un momento di grande attenzione da parte del legislatore e del Tribunale. È previsto un procedimento volto ad offrire ai finanziatori la sicurezza della prededucibilità del credito²⁴.

La conclusione dei contratti dei finanziamenti in discorso deve essere autorizzata dal Tribunale, supervisore dell'incremento del passivo, i medesimi devono essere muniti di attestazione da parte di un professionista, il quale, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, deve attestare che i finanziamenti in discorso sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori²⁵. Anche i

²⁴ In linea di principio, i contratti in essere tra l'impresa in crisi e la banca proseguono all'apertura della procedura di concordato preventivo, a prescindere dalla tipologia dello stesso e salvo che il debitore ottenga l'autorizzazione allo scioglimento (art. 169 bis L.F. ora art.97 D.Lgs.14/2019): la banca non è obbligata dall'art.186 bis terzo comma L.F. a mantenere le linee di credito in essere che potranno, pertanto, essere revocate: considerata l'assenza di un espresso divieto di legge, in linea generale si potrebbe sostenere la legittimità della revoca di un fido, successivamente, alla presentazione di una domanda di concordato preventivo. Stante il divieto per i creditori anteriori di intraprendere, sotto pena di nullità, azioni esecutive e cautelari, la revoca del fido non può comportare il rientro immediato dello stesso (quest'ultimo andrà concordato nel contesto del più ampio piano che sarà presentato dal debitore) ma ha, tuttavia, la finalità di cristallizzare la posizione creditoria della banca. L'art. 186 bis, terzo comma L.F. statuisce una continuazione automatica dei contratti in corso di esecuzione alla data di deposito del ricorso.

²⁵ In merito al concordato, la norma postula che la prededuzione sia espressamente disposta nel decreto di ammissione: da ciò consegue la necessità della formulazione di un'istanza *ad hoc* da parte del debitore all'interno del ricorso per concordato ed altresì la

finanziamenti richiesti dopo il deposito della "proposta" di accordo di ristrutturazione (art. 186 bis L.F. sesto comma) o di una "prenotazione" di concordato preventivo (art. 161 L.F. sesto comma) sono prededucibili se autorizzati dal Tribunale²⁶. In assenza di autorizzazione e di attestazione dell'esperto si considerano inefficaci rispetto ai creditori ante procedura ed inopponibili verso la medesima. Riguardo ai possibili contenuti dell'autorizzazione, il secondo e terzo comma dell'art.182 quinquies L.F. forniscono precisazioni importanti sul piano operativo in quanto riflettono esigenze emerse nella pratica con riferimento sia alla difficoltà di disporre, sin da subito, di elementi analitici relativi ai suddetti finanziamenti (essendo le trattative ancora in corso o neppure iniziate) sia all'opportunità di consentire ai soggetti erogatori forme di tutela ulteriore rispetto alla prededucazione.

Statuisce il secondo comma che l'autorizzazione può riguardare anche finanziamenti "futuri" individuati solo per tipologia ed entità non ancora oggetto di trattativa, mentre, in base al terzo comma, il Tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti che acquisiscono, così, un titolo di preferenza, rispetto a tutti gli altri crediti prededucibili.

Tali finanziamenti sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 L.F. nella misura in cui siano autorizzati dal Tribunale il quale, ove occorra, può assumere sommarie informazioni. Quest'ultimo non verifica direttamente la funzionalità del finanziamento (compito che la legge affida al professionista indipendente) ma è tenuto ad accertare che la relazione del professionista sia provvista di quei requisiti di completezza, coerenza e di rigore metodologico nello sviluppo del percorso argomentativo.

Il legislatore ha inteso accordare tutela alla nuova finanza subordinatamente alla sola funzionalità di essa alla migliore soddisfazione dei creditori a prescindere dalla circostanza che il piano preveda la continuazione dell'attività o la sua interruzione, che l'impresa sia operativa o inattiva, se non già formalmente in liquidazione. La concessione di nuova finanza ad una impresa in crisi, nel rispetto dei requisiti prescritti, giustifica di per sé il beneficio della prededucazione: ben possono, in concreto, verificarsi situazioni in cui tali finanziamenti rispondono all'interesse dei creditori, indipendentemente, dalla continuità aziendale come accade nell'ipotesi di immobili in costruzione con cantieri da ultimare: in tal caso il finanziamento potrebbe avere lo scopo di migliorare lo scenario di una liquidazione concordata con i creditori.

necessità che detto ricorso sia corredato dal piano, dalla proposta, dalla relazione e dall'ulteriore documentazione prescritta. Presupponendo l'autorizzazione la possibilità di esaminare una relazione analitica su fabbisogno finanziario e funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori e basandosi questo elaborato sul piano predisposto dall'imprenditore, risulta evidente che l'istanza anticipatoria non è conciliabile con la richiesta di autorizzazione ex art. 182 quinquies primo comma L.F. Quando viene proposta una domanda di preconcordato, poiché in questo caso manca una relazione attestativa sulla fattibilità, il Tribunale potrà solo disporre dell'attestazione speciale sulla funzionalità dei finanziamenti, fermo il potere di assumere sommarie informazioni. In quest'ultimo caso, difficilmente, in concreto un esperto potrà seriamente verificare il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione e attestare che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori se non dispone di un piano che sia non solo definitivo ed impegnativo ma anche analitico: tali finanziamenti, nel preconcordato, non potranno, nella prassi, essere autorizzati almeno sino a quando non siano presentati la proposta ed il piano corredati dall'analitica relazione attestativa sulla fattibilità. Tale problematica è stata superata poiché, in base alle integrazioni apportate all'art.182 quinquies L.F., dal Decreto Legge 83/2015 conv. dalla Legge 132/2015, il debitore può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'art. 161 secondo e terzo comma a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 L.F. se un professionista attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori: in sostanza, è sufficiente, dal punto di vista strettamente documentale, esclusivamente l'attestazione dell'esperto al fine di poter richiedere, anche in corso di preconcordato, l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili.

²⁶ I finanziamenti vengono solitamente qualificati come atti di straordinaria amministrazione. Di prassi, ai fini di identificare la natura straordinaria o meno di un atto, si ritiene di dover far riferimento all'elenco contenuto nell'art. 167, secondo comma L.F. (ora art.94 nuovo Codice, secondo comma): ai sensi di tale norma costituiscono atti di straordinaria amministrazione, che necessitano di autorizzazione scritta del giudice delegato ai fini della loro efficacia nei confronti dei creditori anteriori, "i mutui anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o pegno, le fidejussioni, le rinunce alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni". Tuttavia, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti ritengono che tale elenco sia meramente esemplificativo. Da tale norma, la giurisprudenza ha ricavato il principio secondo il quale la valutazione del carattere straordinario di un atto, posto in essere dal debitore, deve essere compiuta tenendo conto dell'idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori in quanto ne determina la riduzione ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi (Cass. 20 Ottobre 2005 n. 20291). Recentemente, la giurisprudenza di merito, ha individuato gli atti di ordinaria amministrazione in quelli "di comune gestione dell'azienda strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del patrimonio e quelli che, ancorché comportanti una spesa elevata, lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti" (Trib. Terni 12.10.2012). La maggior parte dei Tribunali che si sono espressi su questi temi hanno considerato i contratti bancari come contratti di ordinaria amministrazione legalmente compiuti ai sensi dell'art. 161 settimo comma L.F. È comunque, preferibile, richiedere alla società di acquisire l'autorizzazione del Tribunale.

In conclusione, solo i finanziamenti interinali sono sempre soggetti ad autonoma ed immediata autorizzazione del Tribunale (art.182 quinquies L.F.) autorizzazione che determina la legittimità dei medesimi (se non autorizzati non possono essere effettuati).

3.1.4. I finanziamenti post omologa

Trattasi dei finanziamenti erogati in esecuzione di un concordato o di un accordo di ristrutturazione omologato, deducibili ai sensi e per gli effetti dell'art.111 L.F. (art. 182 quater primo comma L.F.). È del tutto evidente che, in quanto effettuati in esecuzione, tali finanziamenti devono essere, necessariamente, conformi a quanto previsto nella domanda di concordato preventivo o nell'accordo di ristrutturazione dei debiti e nei piani relativi: è lo stesso provvedimento di omologa che funge da fattore legittimante dei medesimi. Ad essi sono parificati i finanziamenti-ponte: le condizioni di deducibilità sono le medesime: devono essere previsti dal piano di cui all'art. 160 L.F. o dall'accordo di ristrutturazione e la prededuzione deve essere espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato ovvero di omologa dell'accordo. Dopo l'omologa il processo di ristrutturazione è ormai completato e l'imprenditore deve adempiere agli impegni assunti verso i creditori: per la prededuzione di tali finanziamenti non occorre né l'autorizzazione del Tribunale né la relazione del professionista essendo, ormai, gli stessi parte integrante del concordato che è stato approvato dai creditori o dell'accordo di ristrutturazione omologato.

È necessario che l'esecuzione dell'accordo sia, costantemente, monitorata per verificare il raggiungimento degli obiettivi intermedi al fine di fornire ai creditori un adeguato flusso informativo. Gli effetti protettivi dell'attestazione vengono meno con riguardo agli atti di esecuzione successivi al verificarsi di eventuali scostamenti rispetto a tali obiettivi: infatti, l'esenzione da revocatoria è subordinata non solo alla presenza della iniziale attestazione ma anche alla perdurante idoneità del piano a consentire il risanamento al momento in cui l'atto viene compiuto: è assolutamente rilevante che un atto possa essere qualificato come "esecutivo" dell'accordo ai fini protettivi.

In caso di sopravvenuta ineseguibilità del piano, è possibile procedere alla redazione di un nuovo piano che, al fine di assicurare protezione agli atti da compiere in sua esecuzione, deve essere, nuovamente, oggetto di attestazione ex art. 67 terzo comma lett. d) L.F.

3.2. I finanziamenti prededucibili nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Decreto Legislativo 14/2019)

La riforma interviene su alcuni aspetti relativi alle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi: le disposizioni rilevanti sono contenute negli articoli 56, 99 e 101 CCI. Inoltre, viene introdotta una previsione innovativa nell'art. 100 dedicato all'autorizzazione al pagamento di debiti pregressi: in particolare, il secondo comma consente al debitore, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, il pagamento alle scadenze convenute delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, a condizione che, alla data di presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il Tribunale lo autorizzi al pagamento del debito, per capitale ed interessi, scaduto a tale data²⁷.

Partendo dagli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, viene semplicemente previsto che il piano predisposto dall'imprenditore idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio finanziario, debba indicare (art 56 comma 2 lett. e) gli apporti di "finanza nuova" in funzione della coerenza e sostenibilità degli stessi all'interno del percorso di risanamento previsto. Tali requisiti sono necessari per ottenere l'esenzione da revocatoria di cui all'art. 166 terzo comma lett. d). È da precisare che tale esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia. Tale previsione "protettiva" non è accompagnata dal riconoscimento della prededuzione dei crediti rivenienti dai finanziamenti in discorso, in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, così come, invece, è previsto nell'ipotesi di cui agli articoli 99 e 101 CCI relativi ai finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti o in esecuzione delle medesime procedure. La disciplina generale della prededuzione è contenuta

²⁷ Il professionista indipendente attesta anche che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori.

nell'art. 6: vengono meno i criteri della funzionalità e dell'occasionalità rispetto alla procedura concorsuale di cui all'art.111 secondo comma L.F. Al criterio puramente temporale sono posti dei temperamenti derivanti dalla causa del credito e più in particolare dallo scopo del finanziamento. La lettera d) dell'art.6 contiene il principio cardine secondo cui i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore funzionali alla continuazione dell'esercizio dell'impresa godono del beneficio della prededuzione: tra questi rientrano i crediti derivanti dai finanziamenti che accompagnano le diverse fasi del percorso di risanamento già a partire dall'apertura della fase prenotativa del concordato preventivo²⁸. È da ricordare che l'eccesso di regolamentazione bancaria, l'accantonamento di patrimonio di vigilanza, dipendente dalla rischiosità dell'affidamento, le rettifiche su crediti in ragione delle svalutazioni da effettuarsi a copertura di perdite attese nel verificarsi e stimate nell'ammontare, forse, non saranno in grado di compensare il beneficio ritraibile dalle misure protettive ed agevolative previste dalla riforma fallimentare per la concessione di credito ad imprese in crisi.

3.2.1. I finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti

L'art. 99 CCI racchiude in un'unica disciplina i diversi tipi di intervento (finanziamenti ponte, finanziamenti autorizzati, finanziamenti urgenti) destinatari nella Legge Fallimentare di trattamenti distinti. Il primo comma regola i finanziamenti che il debitore può richiedere di contrarre nella fase intercorrente tra la domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti e l'omologa: esso, dispone che il debitore, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale (anche se unicamente in funzione della liquidazione) possa chiedere al Tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti prededucibili in qualsiasi forma (compresa la richiesta di emissione di garanzie) purchè tali finanziamenti siano funzionali a consentire l'esercizio dell'attività d'impresa sino all'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ovvero all'apertura o allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori²⁹. La sussistenza di tali condizioni deve essere attestata nella relazione di un professionista indipendente da allegarsi al ricorso; tuttavia, il Tribunale può consentire la mancata allegazione della relazione (come già prevede l'art.182 quinquies L.F.) ove ravvisi l'urgenza di provvedere per evitare un danno grave ed irreparabile all'attività aziendale. Il ricorso deve, inoltre, indicare la destinazione dei finanziamenti, i motivi per cui il debitore è impossibilitato a reperirli altrimenti e le ragioni per cui l'assenza di tali finanziamenti possa determinare un grave pregiudizio per l'attività dell'azienda, per la prosecuzione della procedura o per le ragioni dei creditori. La richiesta può essere presentata, contestualmente, alla domanda di ammissione alla procedura di concordato o di omologa dell'accordo di ristrutturazione ed eventualmente anche prima del deposito della proposta di concordato preventivo/accordo di ristrutturazione, piano e relativa documentazione qualora il Tribunale abbia concesso un termine per procedere al deposito dei medesimi. Il finanziamento richiesto può anche essere nella forma del mantenimento delle linee autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda. La decisione del Tribunale deve avvenire con decreto motivato entro dieci giorni dal deposito della richiesta di finanziamento: l'inosservanza di tale termine, la cui fissazione è indice di buona prassi, non è sanzionata.

Qualora, successivamente, all'autorizzazione ed erogazione del finanziamento, il debitore acceda alla procedura di liquidazione giudiziale (ex fallimento), i crediti dei soggetti finanziatori non beneficeranno della prededuzione qualora ricorrano entrambe le seguenti condizioni:

- il ricorso o l'attestazione contengano dati falsi o omettano informazioni rilevanti, ovvero siano stati, comunque, commessi dal debitore atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione
- il curatore dimostri che i finanziatori erano a conoscenza delle predette circostanze alla data dell'erogazione (sesto comma).

L'espressa previsione dei casi in cui si verifica la perdita del beneficio della prededuzione è una delle novità più rilevanti della nuova disciplina rispetto a quella attuale (art. 182 quinquies primo, secondo e terzo comma e art. 182 quater secondo comma L.F.). In sostanza, tutela degli altri creditori, è previsto che la prededuzione

²⁸ V. La riforma del fallimento – Italia Oggi serie speciale n. 2 del 23.01.2019.

²⁹ Il legislatore della riforma continua a non pronunciarsi apertamente sulla concorsualità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Nell'ipotesi in cui dovesse ritenersi esclusa detta natura resterebbe il criterio della prededucibilità come conseguenza di un'espressa qualifica di legge, come in passato. Una serie di pronunce della Suprema Corte ne hanno affermato la concorsualità: Cass. Civ. 25.10.2017 n.1182; Cass.Civ.12.04.2018 n.9087; Cass. n 16347/2018.

non spetti nel caso in cui emerga il carattere fraudolento del ricorso o dell'attestazione sempre che il curatore dimostri che il finanziatore ne aveva conoscenza.

Un'ulteriore importante innovazione prevista dall'art. 99 del nuovo Codice rappresentata dalla necessità di precisare, in ogni caso, nel ricorso la destinazione dei finanziamenti per i quali si richiede l'autorizzazione, che il debitore non è in grado di reperirli altrimenti nonché di indicare le ragioni per cui la mancata concessione di tali finanziamenti possa determinare un grave pregiudizio per l'impresa o per la prosecuzione della procedura. Tali precisazioni sono in parte già richieste, dall'art. 182 quinquies, terzo comma L.F., per i "finanziamenti urgenti" da autorizzarsi senza attestazione dell'esperto indipendente: però quest'ultima esposizione richiede soltanto la dimostrazione del "pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda" e non anche del pregiudizio al "proseguo della procedura" come invece indicato dall'art. 99 del nuovo Codice. Inoltre, per i finanziamenti di cui all'art. 182 quinquies, primo comma L.F. (finanziamenti autorizzati), deve essere verificata solo la funzionalità degli stessi alla migliore soddisfazione dei creditori e non anche la funzionalità all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura ed allo svolgimento di tali procedure³⁰. A garanzia dei finanziamenti autorizzati ed a seguito di espressa autorizzazione del Tribunale, il debitore può concedere pegno o ipoteca o cedere crediti (art. 99 quinto comma).

3.2.2. I finanziamenti prededucibili in esecuzione di un concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti.

L'art.101 del nuovo Codice conferma la prededucibilità dei finanziamenti effettuati, in qualsiasi forma, in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato che prevedano la continuazione dell'attività aziendale a condizione che gli stessi siano espressamente previsti nel piano ad essi sottostante (primo comma).

In tal caso, il beneficio della prededuzione è riconosciuto senza bisogno di una espressa autorizzazione giudiziale per il solo fatto di avere le caratteristiche sopra indicate, inoltre non è necessaria la valutazione di "funzionalità" da parte del giudice in quanto assorbita dall'attestazione del professionista, neppure è necessaria l'esplicita statuizione in ordine al riconoscimento della prededuzione³¹. Anche per i finanziamenti in discorso, il legislatore della riforma ha, espressamente previsto, i casi in cui si verifica la perdita del beneficio della prededuzione per eventi sopravvenuti. Ciò accade, così come per i finanziamenti autorizzati, qualora, successivamente all'erogazione, il debitore acceda alla procedura di liquidazione giudiziale e si verificchino entrambe le seguenti circostanze: il piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta, sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito, basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori ed il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti conoscevano tali circostanze alla data dell'erogazione. In caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Viene confermata l'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie sui beni del debitore posti in essere in esecuzione del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione omologato e in essi indicati (art. 166 terzo comma lett. e). L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria. Viene, altresì, confermata l'esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e semplice per i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dei predetti articoli 99 e 101 CCI.

Infine, qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano e della proposta (art. 58 e art.87 secondo comma CCI), l'imprenditore deve apportare le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi richiedendo al professionista di cui all'art. 57 quarto comma CCI, il rinnovo dell'attestazione: in tal caso il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata.

Daniela Cococcia

³⁰ V. Crisi d'impresa: Il nuovo codice, Il Sole 24 Ore 23.01.2019

³¹ Anche nella nuova prospettiva, la prededuzione per i finanziamenti in esecuzione non viene regolata dalle previsioni generali ma da quelle speciali all'interno delle quali, oltre al requisito della continuazione dell'attività aziendale, compare quello della previsione espressa del finanziamento all'interno del piano: previsione non appagante dal momento che le esigenze finanziarie sottese all'esecuzione di un concordato potrebbero richiedere interventi non prevedibili "in partenza".

IV

Vita forense

Umani Macchine e Regole

(resoconto Convegno Ortona 7 ottobre 2019)

La memoria è una funzione centrale per la nostra vita. Abbiamo bisogno di dirigere il flusso delle informazioni per finalizzare il nostro comportamento e per prendere decisioni adeguate. La perdita della memoria comporta quindi una grave riduzione di autonomia. È questa la funzione cognitiva che viene più spesso riprodotta nei robot o macchine intelligenti. Sicuramente il tentativo è quello di una riproduzione il più fedele possibile del funzionamento del cervello umano in modo tale da ottenere robot funzionali che ben si adattino alle esigenze dell'essere umano. Il progresso delle neuroscienze molto facilitato anche dall'uso di strumenti con i quali ci è consentito di studiare il cervello in funzione in modo relativamente non invasivo, suscita continui e nuovi interrogativi sull'organizzazione dei sistemi neurali che controllano i diversi domini cognitivi quali la memoria, l'attenzione, la percezione visiva e molti altri. Se teoricamente il desiderio è quello di una perfetta similitudine tra uomo e macchina, nella realtà più frequentemente è necessaria una sorta di mutuo adattamento tra i due, tanto che alcuni ricercatori nel campo dell'Intelligenza Artificiale (IA) hanno creato un vero e proprio modello che spieghi questi meccanismi di aggiustamento. Si parla del Bounded-memory adaptation model che favorisce i robot ad adeguarsi alla inevitabile variabilità del comportamento umano (The Eleventh ACM/IEEE International Conference of Human Robot Interaction – pag. 75-78 – Christchurch, New Zeland - March 07-10-2016).

Per cui, quando l'essere umano si mostra disponibile ad adattarsi, allora il robot assume una funzione di guida verso l'apprendimento di nuove strategie. Ma nel momento in cui non vi è volontà di apprendimento da parte dell'umano, allora è il robot che si adatta allo stato mentale dell'uomo. La ricerca più avanzata in robotica prevede di riprodurre più processi cognitivi nelle macchine. Sicuramente nell'uomo, la memoria e il linguaggio rappresentano due domini cognitivi molto potenti e fondamentali per l'adattamento. Dal punto di vista comportamentale sono due campi molto correlati, tanto che si parla appunto di memoria verbale per esempio. Si tratta quindi di due processi che spesso interagiscono e si influenzano. Anche dal punto di vista neurobiologico, queste due funzioni, fondamentali per la comunicazione, condividono sistemi neurali che appunto intervengono sia nella memoria sia nel linguaggio (Squire, L.R and Zola-Morgan, S. 1991; Papez, J.W., 1937; Delay, J. e Brion, S 1969: La Syndrome de Korsakoff. Paris, Masson,1969; W.B. Scoville, Milner, B 2003; Baddeley A. 2003).

Deep Blue è stato un robot molto famoso, uno dei primi che si cimentò con l'essere umano nel gioco degli scacchi, tanto da diventare emblematico nella storia dell'evoluzione della robotica. A parte la potenza mediatica dell'evento che vide in diverse circostanze l'uomo (Kasparov) sfidare la macchina (Deep Blue) e perdere a dispetto delle aspettative, il grande avanzamento di Deep Blue è la rappresentazione in questo computer di due funzioni cognitive assai rilevanti nell'uomo: la memoria e il linguaggio. Questi processi cognitivi spesso interagiscono nell'essere umano e la presenza di essi nel contesto di un robot ha reso il robot stesso molto competitivo, in questo caso nel gioco degli scacchi, consentendogli la possibilità per esempio di memorizzare le mosse del gioco e di utilizzare un codice semantico specialistico. La sfida tra Deep Blue e Kasparov ebbe risvolti legali, poiché il più grande giocatore di scacchi del mondo "denunciò la macchina" per averlo imbrogliato. Che cosa fa emergere questa vicenda storica? Una grande differenza tra l'uomo e la macchina ovvero l'assenza in quest'ultima della componente emozionale, che sicuramente almeno in alcuni momenti, travolse persino il freddo "calcolatore" Kasparov.

Eppure, il progresso nella robotica si caratterizza proprio nell'introdurre nei robot dei comportamenti emotivi che li rendano quanto più simili agli esseri umani.

Quali sono le principali differenze quindi?

Vale la pena ancora di considerare una funzione cognitiva esemplare come quella della memoria. In realtà il modulo della memoria è molto complesso. In altre parole, esistono diverse memorie che possono essere diversamente classificabili: la memoria per materiale verbale e per materiale spaziale per esempio, come accennato. Ma la memoria è anche distinta in implicita ed esplicita, laddove quest'ultima si caratterizza dalla nostra capacità di immagazzinare informazioni diverse che costituiscono la nostra conoscenza del mondo. Questa memoria viene detta anche dichiarativa perché si esplora attraverso la richiesta di una dichiarazione di conoscenza (per esempio: qual è la capitale di Italia). Questa specifica memoria è la memoria semantica attraverso la quale evochiamo le nostre conoscenze e siamo in grado di descriverle (per

esempio i nomi degli oggetti ma anche le loro caratteristiche e funzioni, rispettivamente denominazione e descrizione dell'oggetto). La memoria implicita invece non è caratterizzata dall'immagazzinamento delle informazioni, ma piuttosto di engrammi motori che attiviamo automaticamente. Un esempio è il seguente: una volta che abbiamo imparato a camminare non dobbiamo tutte le volte, per attivare questo assai complesso atto motorio, pensare a come farlo. Ma oltre a immagazzinare concetti e attivare engrammi motori, attraverso la memoria autobiografica siamo in grado di rievocare gli eventi costitutivi della nostra vita e di collocarli correttamente nel tempo. La disgregazione di questa fondamentale memoria, come è noto, caratterizza patologie devastanti per il normale livello di autonomia, come le demenze. Infine, nel nostro comportamento, una funzione strategica centrale per la nostra esistenza, è la memoria del futuro, ovvero prospettica che ci consente di inanellare in modo coerente e finalizzato la nostra routine quotidiana. Quindi, come è evidente, riprodurre questa complessità in un robot, non è certo semplice, considerando che al di là dell'esistenza di modelli cognitivi specifici, la differenza interindividuale, modellata anche dalle diverse esperienze, gioca un ruolo molto rilevante. Queste differenze spiegano anche la molteplicità dei sintomi che conseguono a danni diversi a carico delle diverse memorie, molteplicità e diversità non completamente spiegate dalla neuropsicologia che si occupa proprio dell'esplorazione dei deficit associati a danni delle aree cerebrali che modulano le funzioni comportamentali. Vi sono similitudini quindi, soprattutto quando le macchine riproducono il normale funzionamento della memoria.

Ma sarebbe possibile riprodurre nelle macchine comportamenti patologici simili a quelli che occorrono negli umani? In alcuni casi, nel corso di malattie neurologiche e psichiatriche, i pazienti non mostrano solo dei deficit ma dei sintomi cosiddetti produttivi, per cui manifestano dei comportamenti che si discostano da quelli normali, in quanto "bizzarri", e atipici. Questi sintomi spesso sono di difficile interpretazione e ci interrogano sulle potenzialità del cervello e sui suoi probabili tentativi di rispondere al danno causato dalla malattia con dei comportamenti di compensazione. La difficoltà di capire questi meccanismi è dovuta alla ancora limitata conoscenza del funzionamento cerebrale che naturalmente si riflette sulle potenzialità di riprodurre i processi cognitivi nelle macchine.

Tuttavia, i robot più avanzati sono in grado di decodificare le emozioni umane, di interagire con persone con malattie che ne limitano le competenze motorie e cognitive fornendo un'adeguata assistenza.

Sicuramente una caratteristica dell'intelligenza artificiale è l'enorme potenzialità di memoria.

In questo senso è interessante ai fini speculativi, fare una riflessione sulla necessità dell'essere umano di dimenticare alcune informazioni. L'oblio in effetti è parte integrante del nostro comportamento e con l'avanzamento del progresso l'umanità tende a non conoscere per esempio il funzionamento di gran parte degli strumenti che usa. Ciò testimonia una necessità sociale di ottimizzare le proprie capacità strategiche anche attraverso una forma di oblio collettivo come vera e propria espressione di avanzamento della scienza e della tecnica. (Richards, B.A., and Frankland, P.W. 2017).

Infine, la straordinaria capacità delle macchine nel campo della memoria, causa dei dilemmi etici altrettanto importanti che riguardano il diritto degli esseri umani di essere dimenticati. Si pensi per esempio ai social, nei quali con ingenua inconsapevolezza riversiamo notizie sensibili riguardanti la nostra vita pubblica, professionale ma anche privata, spesso sull'onda di un moto emozionale. E' noto che la traccia di queste informazioni nella rete è sostanzialmente indelebile. Anche in questo senso il diritto a essere dimenticati diventa una sorta di illusione. D'altro canto, questi super-partner della memoria (un esempio per tutti, Google...) costituiscono uno strumento di eccezionale funzionalità. Queste contraddizioni indicano la necessità di regole di controllo ed etico nuove (Fosch Villaronga, Eduard and Kieseberg, Peter and Li, Tiffany, 2017).

Volendo concludere su una rilevante differenza tra l'essere umano e il robot, certamente l'uomo inganna ma soprattutto inganna anche sé stesso, attivando componenti cognitive e emotive difficilmente distinguibili.

Gabriella Bottini (Università di Pavia)

Daniela Ovadia (Università di Pavia)

Gerardo Salvato (Università di Pavia)

Fabrizio Pasotti (Dipartimento di Riabilitazione – ASST Pavia)

Bibliografia.

- Baddeley A. *Working memory and language: an overview.* J. Commun. Disord., 2003.
- Delay, J. e Brion, S: *La Syndrome de Korsakoff.* Paris, Masson, 1969.
- Fosch Villaronga, E., Kieseberg, P., Li, T.: *Humans forget, machines remember: Artificial intelligence and the right to be forgotten.* Computer Security Law Review, 2017.
- Papez, J.W.: *A proposed mechanism of emotion.* Archives of Neurology and Psychiatry, 1937.
- Richards, B.A., and Frankland, P.W. *The Persistence and Transience of Memory.* Neuron, 2017.
- Squire, L.R and Zola-Morgan, S.: *The medial temporal lobe memory system.* Science, 1991.
- *The Eleventh ACM/IEEE International Conference of Human Robot Interaction* - pag. 75-78 - Christchurch, New Zeland - March 07-10-2016. IEEE Press Piscataway. NJ USA 2016.
- W.B. Scoville, Milner, B: *Loss of recent memory after bilateral Hippocampal lesion.* Journal of Neurology, Neurosurgery and Psychiatry, 1957.

La pena: espiazione e riscatto (resoconto Convegno Sulmona 9 ottobre 2019)

*evento in occasione del ventennale della
Fondazione "Istituto per lo studio del diritto dell'esecuzione penale e del diritto penitenziario"*

Questo il titolo del prestigioso convegno di studi organizzato il 9 ottobre 2019 a Sulmona presso il Teatro Comunale Maria Caniglia dalla Fondazione "Istituto per lo studio del diritto dell'esecuzione penale e del diritto penitenziario" le cui radici affondano nel personalissimo e umanissimo incontro di bambino del suo instancabile motore, l'avvocato Lando Sciuba, con un gruppo di detenuti, ancora in pigiama e con la palla al piede, avvenuto fuori dalle mura del carcere locale ospitato, allora, nella monumentale Abbazia di Santo Spirito al Morrone.

La Fondazione, forte degli oltre cento convegni organizzati, della Biblioteca che vanta più di millecinquecento volumi, anche rari, dei numerosi progetti e delle attività realizzate anche in carcere tra cui un corso di laurea per operatore giuridico di impresa, purtroppo arenatosi al primo anno, del potenziamento della biblioteca dell'istituto di pena, ha celebrato i suoi primi vent'anni.

A testimoniare l'importanza della giornata per il lavoro e il ruolo della Fondazione i saluti delle istituzioni civili e religiose. Dopo i saluti del Vescovo della città, le parole misurate e mirate del Presidente della Corte di Appello di L'Aquila dott.ssa Fabrizia Francabandera la quale ha evidenziato tutta la tensione del giudice della cognizione penale nella determinazione della pena che, pertanto, sarebbe preferibile demandare in ogni suo aspetto alla fase dell'esecuzione soprattutto al fine di eliminare ogni automatismo in un ottica di personalizzazione che consenta alla funzione rieducativa di esprimersi a pieno.

È seguito l'intervento della dott.ssa Maria Rosaria Parruti, già giudice del Tribunale cittadino e oggi Presidente del Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila, la quale ha posto l'accento sulla necessità di calibrare la pena sempre in funzione rieducativa e superare i rischi insiti nella "sensazione sociale" per cui più dura è maggiore la sicurezza che ne deriva per i cittadini.

Il Presidente del Tribunale dott. Giorgio Di Benedetto ha messo in risalto l'importanza della Fondazione perché in tutti questi anni ha tenuto desta l'attenzione su una tematica specialistica e di nicchia ma così particolare per il suo ruolo sociale in una piccola cittadina come Sulmona che comunque è sede di un carcere di massima sicurezza e per aver affrontato temi di ampio respiro oltre che strettamente giuridici.

Il procuratore della Repubblica del Tribunale locale dott. Giuseppe Bellelli ha ribadito come vada evitata una strumentalizzazione delle vittime, spesso operata dalla stampa, per sostenere una funzione redistributiva della pena cavalcando un senso di insicurezza percepito dalla società ma smentito dai dati che vedono i reati in costante calo.

A chiudere i saluti l'intervento del Presidente dell'ordine forense di Sulmona avvocato Luca Tirabassi, il quale nel ricordare il suo personale coinvolgimento nella nascita dell'istituto in una calda serata estiva del 1999, circa due mesi prima della entrata in vigore della Legge costituzionale n. 2 del 1999 che ha cristallizzato nell'art. 111 della Carta costituzionale i principi del giusto processo penale, ha sottolineato come progressivamente e fortunatamente questi abbiano permeato l'intero processo penale, sia quello di cognizione che quello di esecuzione che, da attività tendenzialmente ed esclusivamente amministrativa, ha assunto i crismi della giurisdizione a tutto vantaggio dei condannati.

La relazione del Prof. Francesco Palazzo, dall'alto profilo etico, si è incentrata sul concetto di dignità in relazione alla pena e sulle sue possibili diverse accezioni: da una dignità in senso eterno, che attiene alle funzioni della pena e alla sua giustificazione, a una dignità relativa alla tipologia e alla disciplina esecutiva; in questo secondo senso si apprezza un concetto relativo di dignità che muta nel tempo, con percorsi assai lunghi, motore del processo di civilizzazione dell'umanità, e un ruolo più forte e assoluto per cui i detenuti "non sono reati con le gambe ma persone che hanno commesso reati" e pertanto la pena, nel partire dal fatto, deve arrivare alla persona che è sempre diversa dal suo fatto altrimenti si giunge a negare la responsabilità penale e il principio di individualizzazione della pena.

Il prof. Fabrizio Politi ha ripercorso le aperture e gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale sulla sanzione penale e sulla sua personalizzazione: anche le pene accessorie, che non hanno funzione rieducativa, vanno calibrate al caso e alla persona.

Parlare di pena e di riscatto del condannato non può che portare all'esame della tematica del lavoro dei detenuti su cui si è incentrata la relazione della Prof.ssa Silvia Ciucciiovino la quale ha vagliato il valore costituzionale del lavoro dei detenuti, che affonda le sue radici prima nell'art. 4 della Cost. e quindi nell'art. 27, e la relativa funzione la cui prestazione presenta caratteri di specialità in quanto incorpora finalità più complesse, commesse al reinserimento nel mondo produttivo così giustificandosi anche il tetto massimo della retribuzione per come modificato nel 2018. Di tutta evidenza che particolari sono gli aspetti modalì di questo rapporto di lavoro, atteso che devono essere bilanciate esigenze di ordine e sicurezza all'interno dell'istituto penitenziario. Nel garantire, infine, anche l'effettività di questo diritto si comprende la riforma del 2018 che ha previsto la possibilità che i detenuti compiano gratuitamente lavori socialmente utili ma che impone in ogni caso dei vigili controlli.

A chiudere e a tirare le fila la sapienza illuminata del professor Giorgio Spangher il quale ha posto in evidenza che la funzione della pena, così come consacrata nella Costituzione e richiamata da tutti coloro che sono intervenuti al convegno, è diversa da quella percepita sia dalla società civile che da alcuni ambienti istituzionali: il richiamo è stato alle prime reazioni fortemente negative sia della stampa ma anche del Ministro della Giustizia che hanno accolto la sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul c.d. ergastolo ostativo in nome di una funzione prettamente afflittiva. L'attenzione si è spostata quindi sul concetto di identità personale, qualcosa in più della dignità, che non può essere bilanciata nemmeno con la sicurezza, sulla necessità che l'esecuzione della pena si incentri sulla persona il cui rispetto deve essere garantito e per cui non devono essere interrotti i gesti della quotidianità da libero e questo perché "Nella colpa è già insita la pena ... La colpa trasforma la pena in responsabilità: chi ha sbagliato dovrà assumersi come pena responsabilità più gravi e onerose per riguadagnarsi la vita" (Mons. C.M. Martini).

Dora Di Loreto

La giustizia dei robot
Intelligenza artificiale, Autonomia privata e processo
L'io digitale e l'esperienza della legge
(resoconto Convegno Pescara 25 ottobre 2019)

Il 25 ottobre 2019, si è svolto, a Pescara, il convegno “La giustizia dei robot – Intelligenza artificiale, Autonomia privata e processo, L'io digitale e l'esperienza della legge” con i seguenti relatori:

- prof. Jordi Nieva Fenoll (Università di Barcellona);
- prof. Paolo Comoglio (Università di Genova);
- dott. Carmine Di Fulvio (magistrato presso il Tribunale di Pescara);
- avv. Giampaolo Di Marco (Direttivo Nazionale ANF).

L'incontro è stato moderato dall'avv. Luigi Pansini (Segretario Generale ANF), ed ha avuto i saluti istituzionali del dott. Angelo Mariano Bozza (Presidente del Tribunale di Pescara) e dell'avv. Marcello Pacifico (Presidente ANF Pescara).

Ha introdotto l'avv. Marcello Pacifico che, nel porgere i ringraziamenti e i saluti iniziali, ha sottolineato la portata innovativa degli argomenti trattati che solo qualche anno addietro sarebbero sembrati non meno che futuribili. Ha evidenziato come, a suo avviso, il futuro dell'avvocatura sarà nei prossimi anni ancora più sovvertito dalle innovazioni tecnologiche che si avviceranno ad una velocità del tutto inusuale rispetto al passato. Recentemente, anche il Ministro di Giustizia ha parlato di notevoli novità nell'amministrazione della giustizia che scaturiranno dal ricorso a sistemi predittivi basati sulla intelligenza artificiale (cfr. le dichiarazioni dell'on. Alfonso Bonafede in occasione del Consiglio d'Europa dei Ministri della giustizia, tenutosi a Strasburgo il 15 ottobre 2019 - ndr). Dal punto di vista professionale, già oggi si stanno adottando sistemi di gestione dello studio legale basati sull'intelligenza artificiale. In ogni caso, non può negarsi che l'Avvocatura appare restia al cambiamento (cfr. rapporto Censis secondo il quale la maggior parte degli avvocati italiani ritiene che la professione non subirà trasformazioni nel prossimo futuro). Ha inoltre evidenziato come risulta strategico affrontare il problema della necessità di un aggiornamento della cultura giuridica propria dell'Avvocatura, attraverso l'adozione di un atteggiamento orientato più favorevolmente nei confronti della tecnologia. Ha concluso con l'augurio che l'Avvocatura possa essere in grado di gestire l'innovazione tecnologica.

Sempre nell'ambito dei saluti iniziali, è intervenuto il Presidente del Tribunale di Pescara, dott. Angelo Mariano Bozza che ha citato una risalente monografia (1973) dello studioso della materia Vittorio Frosini (dal titolo “Cibernetica diritto e società” - ndr) nella quale già si anticipavano le sentenze rese dai robot. Ha ricordato come i primi *personal computer* arrivarono in Tribunale nel 90 e come, allora, solo alcuni magistrati volentieri se ne occuparono. Indubbiamente, oggi la realtà tecnologica è molto più vicina e si riscontra un'evoluzione continua, anche grazie al processo telematico (PCT). È emblematico un dato di fatto: nel 2014 gli atti al PCT erano circa 20.000 all'anno oggi oltre 100.000. Un plauso va certamente alla categoria degli avvocati che oggettivamente ha compiuto un notevole sforzo di aggiornamento, senza dimenticare che anche i magistrati si sono dimostrati ben disponibili ad affrontare positivamente il cambiamento tecnologico.

Ha concluso i saluti l'avv. Luigi Pansini che ha ricordato la concomitanza della Giornata Europea della Giustizia Civile. Sull'argomento ha richiamato la convenzione stipulata dal Tribunale di Genova con la Scuola Superiore Universitaria Sant'Anna di Pisa per catalogare tutta la giurisprudenza sulla famiglia in vista dell'utilizzo di sistemi predittivi. Ha ricordato, infine, l'imminente riforma del processo civile (per la quale si prevede un rito in forma semplificata per i giudizi davanti al giudice monocratico). Una esemplificazione del rito che, tuttavia, potrebbe anche derivare dalla novità tecnologiche che certamente non mancheranno nel prossimo futuro.

I lavori del convegno sono stati aperti dal prof. Jordi Nieva Fenoll che ha incentrato le sue riflessioni sull'intelligenza artificiale (AI) nel rapporto con la giustizia, e su come tale strumento possa essere utile per

gli operatori del settore. Certamente, ha precisato, ci saranno notevoli cambiamenti, che ci permetteranno di avere nuove e più interessanti soluzioni operative. Non bisogna, però, sopravvalutare le possibilità che può darci l'intelligenza artificiale (AI) che, in realtà, è solo un banca dati seppur assai più complessa.

Alla sua base vi è un algoritmo, sul quale è strutturato il processo decisionale della macchina. A ben vedere, l'intelligenza artificiale (AI) non fa niente di più che scegliere l'opzione più ragionevole. Anche se da anni sentiamo parlare della possibilità per i computers di imparare, in realtà si tratta di espressioni solo di *marketing*. Infatti, la macchina non ha memoria propria e non può essere paragonata con la nostra che è in grado di comparare dati. La macchina non crea dati, o possiede il dato o non lo possiede: non impara, tanto che si può affermare che l'intelligenza artificiale (AI) è sostanzialmente "stupida".

Imparare è un'altra cosa ed è assai più complicata: non consiste solo nell'avere il dato ma nell'assumerlo.

In particolare, il giurista deve continuamente interpretare il dato, e, sostanzialmente, "inventare".

Certamente, tutti i procedimenti ripetitivi potranno essere svolti dall'intelligenza artificiale e in tempi molto più rapidi. Le attività legali ripetitive, quindi, saranno di sicuro svolte dalle macchine e occorre che gli avvocati affrontino un cambiamento culturale, prima che l'età anagrafica costituisca un impedimento.

Verrà enormemente migliorata la ricerca giurisprudenziale e non ci darà una semplice risposta sulle sentenze esistenti, ma verranno fornite le linee guida dell'orientamento prevalente. Se ci si riflette, anche in questo caso si tratta solo di dati.

Un altro aspetto sul quale l'intelligenza artificiale (AI) potrà aiutarci è in tema di prova: potrà comparare i fatti della testimonianza con altri fatti analoghi, eliminando le ipotesi false e concentrandosi su quelle veritiere.

Certamente esiste un grande rischio nel caso dell'intelligenza artificiale applicata al diritto: la programmazione è effettuata da informatici e non da giuristi ed i primi possono influire sulla maniera in cui decide la macchina.

Se si pensa allo strumento denominato "Compass" (adottato in Usa) basato sull'intelligenza artificiale ed utilizzato per capire se un soggetto potrà essere recidivo. La macchina prende in considerazione 137 caratteristiche del soggetto e in tempo molto veloce decide se la persona ha - o meno - rischio di recidiva.

Il pericolo è che i casi precedenti analizzati dalla macchina siano valutati in base a pregiudizi (infatti Compass ha dato luogo ad esiti che rivelano un pregiudizio razzista).

Il rischio, molto alto, è costituito dalla tentazione di sostituire la valutazione dei fatti con i fatti reali.

Il secondo relatore (prof. Paolo Comoglio) ha trattato dell'automazione applicata all'ambito legale.

Ha evidenziato come il tema dell'intelligenza artificiale, nonostante sia "di moda", vada comunque affrontato approfonditamente in quanto c'è il rischio di trovarsi di fronte ad una AI applicata.

Attualmente viene utilizzata l'AI debole, non quella forte (che ancora non è disponibile e che potrebbe replicare il pensiero umano) La "debole" ne simula soltanto gli effetti. Si può dire che è in grado di arrivare alle medesime conclusioni, senza, però, riuscire a compiere i medesimi percorsi logici (vale a dire, gli stessi ragionamenti).

Esiste, certamente, la preoccupazione di essere sostituiti dai robot: gli avvocati ed i giudici devono attivarsi da subito per far fronte ad una realtà sempre più automatizzata.

Senza dubbio c'è la possibilità che si verifichi un indebolimento dell'attività istruttoria e del contraddittorio.

Ha proseguito le riflessioni il dott. Carmine Di Fulvio che ha sottolineato come, negli ultimi anni, si è verificato un grande cambiamento nella c.d. ricerca giuridica che, in qualche modo, ha provocato un allontanamento dall'irrinunciabile riferimento alle norme di legge.

Fondamentale risulta l'approccio da porre in essere, che deve tener sempre attiva l'intelligenza critica dell'operatore da applicare anche nei confronti dei risultati dei sistemi informatici.

Stante l'importanza e la complessità delle attività di interpretazione e di creazione del diritto vivente, sussistono dubbi che possano essere affidate ad una macchina.

In ogni caso, è necessario conservare il controllo dei criteri utilizzati, specialmente dai periti/informatici, e quindi anche dalla macchina. Non è certamente possibile utilizzare il risultato senza verificare le modalità ed i parametri utilizzati.

Ha concluso i lavori l'avv. Giampaolo di Marco che ha intrattenuto l'affollato uditorio con le questioni inerenti all'applicazione dell'intelligenza artificiale alla formazione della volontà negoziale. Il richiamo più immediato è all'utilizzazione degli algoritmi per l'attività di prenotazione dei servizi via *web*, strumenti informatici che hanno una notevole influenza nell'espressione della volontà negoziale.

In realtà, il problema dell'AI si è sempre posto (si pensi alla sostituzione dei lavoratori con le macchine al tempo della c.d. rivoluzione industriale: il riferimento è al movimento operaio dei c.d. "luddisti") per arrivare al giorno d'oggi in cui si discute addirittura della possibilità che sia riconosciuta una personalità giuridica elettronica.

Attualmente, come si sa, non esiste una normativa specifica e definita e tale lacuna desta preoccupazione in quanto il "vuoto" non è positivo: il diritto ha paura del vuoto allo stesso modo della materia.

In prospettiva, va detto che l'avvocatura difficilmente potrà scomparire, ma certamente si verificheranno grandi cambiamenti, e si dovranno affrontare i potenziali pericoli di una tecnologia applicata al mondo del diritto ma non gestita da giuristi.

Luigi Salciarini