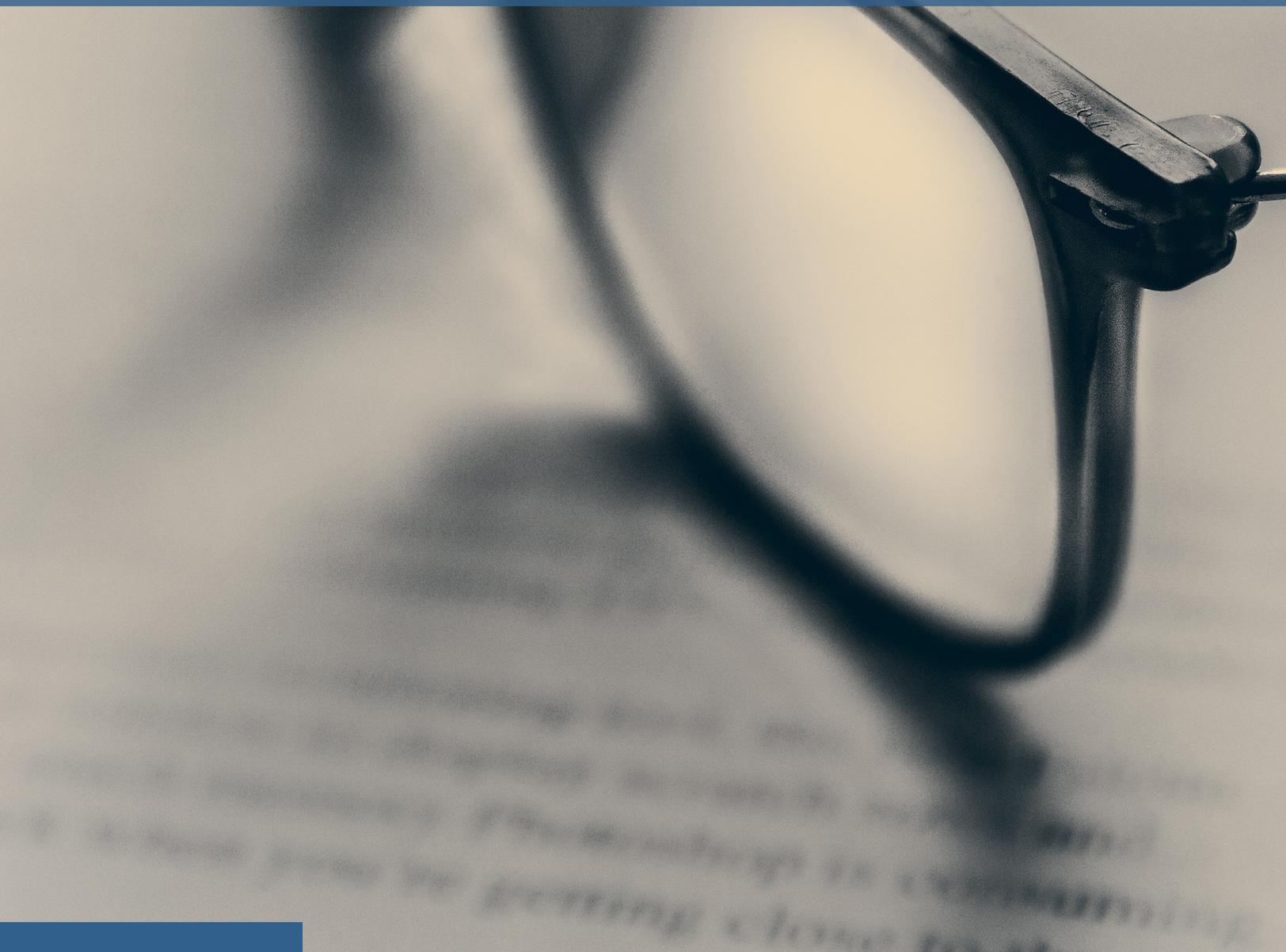


Salvis Juribus

Rivista trimestrale



SOMMARIO

Editoriale

- | **La Rivista Trimestrale di Salvis Juribus: qualche nota introduttiva** 01
a cura di Giacomo Romano

Diritto Civile

- | **La centralità del principio di buona fede nel sistema del diritto civile** 05
a cura di Antonia Foglia

- | **La responsabilità da illecito Antitrust** 18
a cura di Angela Di Dio

Diritto Penale

- | **Furto in abitazione e furto con strappo** 35
a cura di Rossella Salerno

- | **Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva sulla tratta illegale di extracomunitari.** 43
a cura di Josè Criscuolo

Diritto Amministrativo

| **Le concessioni demaniali alla luce delle recenti prospettive di riforma** 62
a cura di Gennaro Dezio

| **In assenza di un esplicito divieto legislativo anche un docente di seconda fascia può ricoprire la carica di Direttore di un Istituto di Alta formazione artistica e musicale (AFAM)** 75
a cura di Elia Scafuri

Diritto internazionale e dell'Unione Europea

| **Una riflessione sistematica sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea** 87
a cura di Annalaura Malinconico

| **L'evoluzione delle società in house providing alla luce della c.d. Direttiva Appalti.** 99
a cura di Andrea Napolitano

" La Rivista Trimestrale di Salvis Juribus: qualche nota introduttiva "

Giacomo Romano

Avvocato

Il successo ottenuto da Salvis Juribus – successo testimoniato dalle oltre 1.260.000 visite del sito e dai circa 12.000 accessi ormai registrati nei giorni feriali – ci ha suggerito l'idea di una nuova sfida: quella di affiancare alla rivista già esistente una nuova Rivista trimestrale, anch'essa pubblicata esclusivamente *on line* e scaricabile gratuitamente in formato PDF ed E-PUB. Una Rivista, più in particolare, destinata ai contributi di più elevato profilo scientifico, ed in linea con le migliori pratiche nazionali e internazionali in materia di valutazione delle riviste giuridiche.

Inalterata resta l'ispirazione di fondo che ha animato sin dall'inizio il progetto di Salvis Juribus: quella di guardare al diritto oggi, offrendo al tempo stesso uno spazio per una discussione 'trasversale' tra tutti i suoi protagonisti – magistratura, foro, accademia. Uno spazio, in effetti, intensamente utilizzato da tutti i destinatari del nostro progetto, che dalla nascita di Salvis Juribus nell'aprile 2015 ad oggi hanno fruttuosamente discusso tra loro delle innumerevoli questioni, piccole e grandi, che hanno interessato in questo periodo il nostro ordinamento.

L'esperienza degli ultimi anni – nei quali abbiamo dato spazio ad oltre duemila contributi sui temi più diversi – ha peraltro evidenziato la necessità di assicurare una collocazione adeguata ai sempre più numerosi interventi le cui prospettive trascendono l'immediata attualità, ed affrontano piuttosto problemi di fondo del diritto e del processo contemporanei: sempre, beninteso, con l'approccio che costituisce la cifra del nostro progetto, che è quella di accostarsi ai problemi alla luce dei principi, e per converso di saggiare la capacità di rendimento dei principi (la loro *Leistungsfähigkeit*, direbbero i nostri maestri tedeschi) al metro dei problemi che la prassi continuamente fa emergere.

È nata così l'idea di riservare per questa tipologia di contributi – la cui naturale vocazione è quella di porsi durevolmente come punto di riferimento per il dibattito scientifico futuro – le pagine di una Rivista trimestrale di Diritto, all'interno della quale essi siano più agevolmente reperibili e citabili. Conservando però tutti i vantaggi della pubblicazione *on line*: immediata accessibilità per i lettori, ovunque nel mondo; facilità di archiviazione per gli studiosi; possibilità di collegamenti ipertestuali ad altri documenti; *etc.*

L'esperienza quotidiana di *Salvis Juribus* ci ha d'altra parte confermato, se mai ve ne fosse stato bisogno, nel convincimento che soltanto guardando agli orizzonti europei – a quelli più ristretti dell'Unione europea, e a quelli più ampi del Consiglio d'Europa –, e in definitiva a quelli del mondo intero, ha senso oggi parlare di diritto. La crisi del nostro sistema giuridico riflette, infatti, le tensioni e i sussulti di un diritto ovunque in trasformazione: in cammino verso approdi ancora non ben definiti, ma certo ben lontani dal modello illuministico-liberale, saldamente ancorato all'idea dell'esclusiva sovranità dello Stato nazionale, che continua ad essere insegnata nei nostri manuali.

La nostra Rivista trimestrale nasce, così, con l'ambizione di proporsi come *medium* di dialogo, oltre che tra accademia e prassi, anche tra operatori del diritto di lingue e culture diverse: dentro e fuori lo spazio giuridico europeo. Pensiamo qui non solo alla grande tradizione giuridica nordamericana – la patria del costituzionalismo moderno, imperniato sull'idea della giustiziabilità dei principi costituzionali di garanzia –, ma anche al vasto orizzonte dell'America Latina, che si presenta oggi – superati quasi ovunque i traumi della dittatura, e in una fase di diseguale ma tumultuoso sviluppo economico – come una fucina di novità e di sperimentazioni su vari fronti giuridici, alla quale sempre più è opportuno che anche lo studioso italiano volga il proprio sguardo.

Di qui l'idea che la Rivista trimestrale possa sempre più ospitare contributi in lingue diverse, e che tutti i contributi – in italiano o in altre lingue – siano corredati da un *abstract* in inglese, autentica lingua franca della modernità. E di qui la scelta di coinvolgere sin dall'inizio nel comitato dei *peer reviewers* anche autorevoli professori stranieri di diritto.

La Rivista trimestrale è dotata di classificazione ISSN autonoma, distinta da quella della corrispondente rivista *on-line*, aggiornata quotidianamente nonché da una differente classificazione in ROAD e presenta una nuova struttura organizzativa: il Comitato Scientifico – che comprende invece un nutrito gruppo di magistrati, avvocati e professori di scuola e provenienza geografica assai diverse – e la Redazione.

Comune è, invece, la prospettiva di un'interazione virtuosa tra prassi e accademia, che costituisce un po' la cifra del nostro progetto, che resta unitario: un progetto nel quale la rivista quotidianamente aggiornata e la Rivista trimestrale idealmente si completano a vicenda, in un rapporto di virtuosa interazione.

A tutti i contributi pubblicati sulla Rivista trimestrale (alla quale sarà possibile accedere direttamente dall'indirizzo www.salvisjuribus.it/rivista) e ivi ordinati secondo la loro collocazione fascicolo per fascicolo si potrà in effetti pervenire anche attraverso i canali di ricerca per materia visualizzati nella home page del sito www.salvisjuribus.it, ed ormai familiari ai nostri lettori. Accedendo anzi per questa via ai contributi pubblicati sulla Rivista trimestrale, il lettore conserverà la possibilità – come in relazione ad ogni altro contributo – di inviare alla Redazione i propri commenti attraverso l'apposita area riservata, instaurando così un dialogo diretto con l'autore e con gli altri lettori sui temi di volta in volta affrontati.

A partire dal primo numero del 2018, i lavori pubblicati sulla Rivista trimestrale di regola dovranno avere superato il vaglio di due revisori, individuati dalla Direzione secondo criteri di rotazione all'interno del Comitato dei Revisori in relazione alla rispettiva competenza per materia, e la cui identità rimarrà ignota all'autore della pubblicazione.

Tutti gli articoli effettivamente sottoposti a tale procedura saranno corredati, nella loro pagina iniziale, dall'espressa indicazione "Articolo sottoposto a peer review". Gli articoli pubblicati sulla Rivista trimestrale dovranno in linea di principio avere carattere di novità, e non dovranno pertanto essere stati precedentemente pubblicati in altre riviste. Gli autori potranno tuttavia inviare alla Direzione il proprio articolo in forma di *working paper* per la sua previa pubblicazione in www.salvisjuribus.it, allo scopo di sottoporlo immediatamente alla pubblica discussione e per ricevere eventuali commenti, dei quali tenere conto nella redazione della versione definitiva da inviare alla Rivista trimestrale per la *peer review* e la successiva pubblicazione.

Giusto al principio di questa nuova sfida – che segna, al tempo stesso, una tappa intermedia di un percorso iniziato ormai qualche anno fa – mi si consenta a titolo personale, quale direttore di Salvis Juribus, di formulare soltanto alcuni ringraziamenti non di rito.

Il ringraziamento va ai molti miei compagni di ventura: dagli autorevoli componenti del Comitato scientifico a tutti membri della Direzione e della Redazione, illustri professori o giovani dottorandi e praticanti legali che siano, i quali – sia pure, come è naturale, in misura diversa in relazione alle proprie personali disponibilità – hanno profuso gratuitamente le proprie energie per questo progetto nella speranza che potesse, semplicemente, rendere un qualche servizio alla comunità dei giuristi italiani. Un grazie speciale voglio qui tuttavia formulare al Vice Direttore Andrea Napolitano, senza le cui competenze e il cui entusiasmo questa Rivista trimestrale non avrebbe mai visto la luce e con il quale proprio grazie al comune progetto si è ormai stabilita un'affettuosa consuetudine di fitti contatti quotidiani, che contribuisce non poco a rendere più divertenti le mie giornate.

Diritto Civile

1 La centralità del principio di buona fede nel sistema del diritto civile

a cura di Antonia Foglia

2 La responsabilità da illecito Antitrust

a cura di Angela Di Dio

" La centralità del principio di buona fede nel sistema del diritto civile. "

Antonia Foglia

Avvocato e Dottore di ricerca

Abstract

The aim of this work is to provide an accurate analysis of the good faith principle within the system of the civil law. In particular, the author has focused on the good faith principle underlining its main aspects. Furthermore, it has concentrated on the hypothesis of the abuse of law and on the power of the judge on the acts of private autonomy.

Keywords: *Principle of good faith – civil right – private autonomy – abuse of law –*

Il presente lavoro si prefissa l'obiettivo di compiere un'accurata analisi del principio della buona fede all'interno del sistema del diritto civile. In particolare si è ritenuto opportuno declinare lo stesso principio ponendo l'attenzione sugli aspetti più rilevanti, tenendo conto delle ipotesi di abuso del diritto e del potere di intervento del giudice sugli atti di autonomia privata.

Parole Chiave: *Buona fede – diritto civile – autonomia privata – abuso del diritto –*

Premessa. - 1. La buona fede valutativa quale mezzo volto a modificare il contenuto del rapporto obbligatorio. - 2. La buona fede precettiva e le sue diverse declinazioni. - 3. La buona fede limitativa ed il divieto di abuso del diritto. - 4. La buona fede correttiva ed il potere di intervento del giudice sugli atti di autonomia privata.

Premessa.

Il principio di buona fede costituisce regola generale dell'ordinamento giuridico che impone a ciascuna parte di un rapporto obbligatorio la considerazione degli interessi dell'altra.

È questo quanto è dato desumere dalla Relazione al codice civile, ove si legge che esso *“richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”*¹.

A questa preliminare considerazione, tuttavia, se ne deve affiancare una ulteriore. L'inciso *“si affievolisce ... ogni dato egoistico”*² consente, con ogni evidenza, di concludere nel senso dell'idoneità della regola in esame a temperare, ma non escludere, la conflittualità insita nel rapporto obbligatorio; diversamente opinando, infatti, si finirebbe per ammettere la possibilità che venga meno il *proprium* del rapporto obbligatorio.

In assenza di una definizione puntuale e sulla scorta dell'elaborazione dottrinale, esso è tradizionalmente inteso come quella relazione intersoggettiva nell'ambito della quale all'interesse del creditore al conseguimento della prestazione funzionale al soddisfacimento del suo interesse si contrappone quello del debitore alla liberazione dal vincolo obbligatorio.

Siffatta caratterizzazione conflittuale del rapporto obbligatorio, tuttavia, non esclude – ma, anzi, implica – il rispetto del canone della buona fede, da intendersi come solidarietà. Unanime, infatti, è l'opinione secondo cui la norma dell'art. 2 Cost. non solo costituisce il fondamento del canone comportamentale in esame, ma ne determina anche il contenuto.

Una volta svolte siffatte considerazioni preliminari, risulta agevole l'individuazione dell'ambito applicativo della regola della buona fede.

Infatti, dal momento che esso assume valore cogente quale che sia la fonte, il tipo e la fase del rapporto obbligatorio, è possibile concludere nel senso che esso ha carattere universale.

A sostegno di questo assunto, del resto, si possono invocare le disposizioni del codice civile.

¹ Relazione al Codice civile, art. 558: *“Si suole parlare di solidarietà degli interessi della produzione o di solidarietà tra i fattori della produzione; ma la solidarietà tra singoli interessi individuali è un'ulteriore conseguenza della concezione unitaria della Nazione, consacrata nella dichiarazione I della Carta del lavoro. l'interesse privato, in una legge di coordinamento e di collaborazione, quale è quella che si trae dal principio corporativo, deve animarsi delle ragioni della generalità per conciliarsi con gli interessi degli altri soggetti. Da ciò l'assunzione, nel rapporto obbligatorio, di un contenuto di solidarietà, che impone la contemporanea protezione di ogni interesse, nelle sue esigenze essenziali, in confronto ad altro fattore concorrente. Trasferito tale concetto di solidarietà nell'ambito del rapporto obbligatorio, si affievolisce in questo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore.”*

² Vedi nota precedente.

Innanzitutto non si può sottacere l'importanza di sistema rivestita dalla norma dell'art. 1175, significativamente rubricata "*Comportamento secondo correttezza*"; essendo collocata – non casualmente – tra le prime norme del Libro IV del Codice civile, dedicato alla disciplina delle obbligazioni, essa enuncia il principio generale secondo cui debitore e creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.

Al principio in esame, tuttavia, fa riferimento anche la norma dell'art. 1337 c.c. che, nel regolare la fase delle trattative e della formazione del contratto, dispone che le parti devono comportarsi secondo buona fede.

Non alla fase genetica, ma a quella di esecuzione del rapporto, fa riferimento il disposto dell'art. 1375 che, in modo tanto lapidario quanto esaustivo, prevede che "*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*".

Non è un caso che nessuno sforzo sia profuso dal legislatore al fine di determinare il contenuto della regola di correttezza; lo stesso ha inteso, infatti, demandare siffatto compito all'interprete che, di volta in volta, avuto riguardo alle circostanze del caso concreto, è tenuto ad una concretizzazione del principio *de quo*.³

Tra le conseguenze che da ciò discendono è senz'altro da annoverarsi l'attribuzione alla regola di buona fede di una pluralità di funzioni.

1 *La buona fede valutativa quale mezzo volto a modificare il contenuto del rapporto obbligatorio.*

La prima funzione che viene in rilievo è quella valutativa.

La stessa ha assunto centrale importanza allorché si è posto il problema di stabilire se le parti siano o meno tenute a comportarsi secondo buona fede e correttezza anche nella fase patologica del rapporto. La necessità del rispetto del principio in esame risulta evidente allorché si consideri il disposto dell'art. 1460 co. 2 c.c.; tale norma, infatti, consente alla parte che ha subito l'inadempimento di rifiutarsi, a sua volta, di adempiere.

Poiché, tuttavia, l'eccezione contemplata dalla norma in questione – espressione del principio *inadimplenti non est adimplendum* – costituisce uno strumento di autotutela privata, essa impone al giudice il compito di operare una verifica, al fine di stabilire se il comportamento tenuto dalle parti sia rispondente ai valori espressi dall'ordinamento. Con maggiore impegno esplicativo, allora, è chiaro come l'eccezionalità del rimedio in parola – non essendo consentita, di regola, l'autotutela privata tanto nel sistema penale quanto in quello civile – imponga all'autorità giudiziaria un più capillare controllo, teso a verificare che il rifiuto della parte che subisce l'inadempimento di eseguire a sua volta non sia sproporzionato.

3 Si legge, infatti, nella Relazione al Codice civile, art. 558: "*La correttezza è uno stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza, di coerenza fedeltà e rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati. Ma la correttezza che impone l'art. 1175 citato non è soltanto un generico dovere di condotta morale; è un dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi di solidarietà corporativa a cui il codice, nell'art. richiamato, espressamente rinvia. Questo dovere di solidarietà nasce e deve nascere dal fatto di sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale; esso non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in maniera che, non soltanto l'atto di emulazione ne risulta vietato (art. 833), ma ogni atto che non implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni atto di esercizio del diritto che, nell'esclusivo ed incivile perseguimento dell'interesse proprio, urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali. Il conflitto tra contrastanti interessi individuali rimane risolto sul terreno di un preciso adeguamento reciproco, dominato e chiarito dalla calda luce della dottrina fascista, che lega gli interessi di tutti in unione indissolubile*".

Risulta, allora, di palmare evidenza che la buona fede, regola di reciprocità, sia destinata ad atteggiarsi come regola di proporzionalità nel caso in cui assurga al rango di criterio di valutazione del comportamento di debitore e creditore.

Nell'ipotesi in cui, infatti, il rifiuto sia sproporzionato, la parte che subisce l'inadempimento non solo può ma, anzi, deve adempiere; in caso contrario si configura un fatto che, in quanto abusivo, è illecito e, come tale, fonte di responsabilità.

La rilevanza e la centralità della buona fede in chiave valutativa emergono, tuttavia, in modo forse ancora più palese allorché si ha riguardo alla questione relativa alla possibilità di adempimento delle obbligazioni pecuniarie con mezzi di pagamento alternativi al danaro contante.

Prima che le Sezioni Unite intervenissero sul punto, in giurisprudenza si erano formati due distinti orientamenti.

Un primo filone ermeneutico⁴ era quello cui aderiva quella parte della giurisprudenza che, adeguandosi all'impostazione tradizionale, sosteneva che la soddisfazione dell'interesse del creditore e la conseguente liberazione del debitore potesse configurarsi solo a fronte della consegna della somma di danaro dovuta da quest'ultimo.

Tanto si sosteneva valorizzando il disposto di una serie di disposizioni codicistiche.

Innanzitutto si assumeva che, ammettendo che potesse farsi luogo ad adempimento di un'obbligazione pecuniaria con mezzi di pagamento diversi dal danaro contante, si sarebbe configurato un contrasto con la norma dell'art. 1277 c.c., secondo cui “*i debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*”.

In secondo luogo si evidenziava il rischio del contrasto con l'art. 1182 c.c., per la parte in cui tale norma prevede che l'adempimento debba aver luogo presso il domicilio del creditore; ammettendo la possibilità di adempiere mediante ricorso a bonifico bancario e ad assegno, sia circolare che bancario - pure intesi, diversamente dalla cambiale, quali mezzi di pagamento -, si finiva per riconoscere che allo stesso potesse farsi luogo presso l'istituto di credito ove deve aver luogo la riscossione.

Infine si valorizzava il disposto dell'art. 1197 c.c.; si evidenziava che il ricorso ad un mezzo di pagamento alternativo al danaro, in quanto *datio in solutum*, richiede, ai fini della liberazione del debitore, il previo consenso del creditore.

Altro filone giurisprudenziale⁵, invece, assumendo come punto di partenza la maggiore facilità di circolazione e la sicurezza che, in punto di realizzo, taluni mezzi di pagamento garantiscono, perveniva ad esiti opposti.

A tale opzione interpretativa, pertanto, aderiva quella parte della giurisprudenza secondo cui l'evoluzione economico - sociale imponeva un'interpretazione in chiave evolutiva del principio di cui all'art. 1277 c.c.; per effetto della stessa, in particolare, il rifiuto da parte del creditore di ricevere il pagamento mediante mezzi di pagamento

4 Cfr. sul punto Corte di Cassazione, 22 luglio 1973 n° 2200, in *Foro it.*, 1973, 1932. Tale orientamento è stato successivamente confermato in ulteriori decisioni. Cfr. Corte di Cassazione 14 aprile 1975 n° 1412, in *Foro it.*, 1975, 765; Corte di Cassazione 3 luglio 1980 n° 4205, in *Foro it.*, 1980, 1654; Corte di Cassazione 5 gennaio 1981 n° 24; in *Foro it.*, 1981, 200; Corte di Cassazione 16 febbraio 1982 n° 971, in *Foro it.*, 1983, 300; Corte di Cassazione, 8 gennaio 1987 n° 17, in *Foro it.*, 1987, 302; Corte di Cassazione, 3 febbraio 1995 n° 1326, in *Foro it.*, 1995, 1843; Corte di Cassazione, 3 aprile 1998, n° 3427, in *Foro it.*, 1998, 303; Corte di Cassazione 21 dicembre 2002, n°18240, in *Foro it.*, 2002, 3020; Corte di Cassazione, 10 febbraio 2003 n° 1939, in *Foro it.*, 2003, 403; Corte di Cassazione, 10 giugno 2005, n° 12324, in *Foro it.*, 2005, 299; Corte di Cassazione, 14 febbraio 2007, n° 3254, in *Foro it.*, 2007, 1877.

5 Cfr. Corte di Cassazione, 6 febbraio 1998 n° 1351, in *Foro it.*, 1998, I, 1914; Corte di Cassazione 7 luglio 2003 n° 10695, in *Giust. Civ.*, 2003, 7-8.

alternativi, per essere legittimo, doveva essere fondato su ragioni apprezzabili, tanto più che la liberazione del debitore, in tali casi, è subordinata all'effettivo conseguimento della somma di danaro da parte del creditore.

È questa l'impostazione cui aderiscono le Sezioni Unite con riferimento all'ipotesi in cui il pagamento sia eseguito con assegno circolare⁶.

La Corte di Cassazione, nella sua più autorevole composizione, non ha mancato, *in primis*, di evidenziare una serie di dati di indiscussa rilevanza, quali la sempre più evidente tendenza alla smaterializzazione, la maggiore facilità di circolazione di taluni mezzi di pagamento diversi dal danaro e la previsione, da parte del legislatore, dell'obbligo di far ricorso ad essi in una serie di ipotesi significative.

Ha poi constatato che l'odierna realtà dei traffici commerciali impone una riconsiderazione, in chiave evolutiva, del disposto di cui all'art. 1277 c.c.. Tale norma, enunciando il principio nominalistico, in forza del quale il debitore si libera pagando la somma "nominalmente" dovuta, a prescindere dalle variazioni del potere di acquisto, ad oggi deve intendersi come riferita non alla qualità dei mezzi di pagamento, ma alla quantità di danaro necessaria ai fini della liberazione.

Ne discende, in conclusione, che il debitore può adempiere tanto mediante consegna di somme di danaro, quanto mediante ricorso ad assegno circolare. Nel primo caso il creditore non può rifiutare e il debitore si libera per effetto della consegna; nel secondo, invece, la possibilità di rifiuto è ammessa a condizione che sia dato rinvenire un oggetto - e, in quanto tale, meritevole di considerazione - interesse del creditore a ricevere la somma in contanti. In tale ultima ipotesi, tuttavia, la soddisfazione dell'interesse del debitore, corrispondente alla liberazione dal vincolo obbligatorio, presuppone il conseguimento, da parte del creditore, dell'effettiva disponibilità della somma di danaro, gravando sul primo il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno.

Nel pervenire a questi esiti la Cassazione ha fatto ricorso al principio di buona fede in chiave valutativa, che impone a ciascuna parte del rapporto obbligatorio un comportamento che, oltre ad essere funzionale al soddisfacimento del proprio personale interesse, è idoneo a non ledere quello della controparte; laddove ciò si verifici, ricorre una violazione del principio in esame, inteso quale regola di proporzionalità.

La buona fede valutativa, tuttavia, oltre che come regola di responsabilità, rileva quale strumento che consente la modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio. Gravando, infatti, sul creditore l'obbligo di tutelare la sfera giuridica del debitore nella misura in cui ciò non richieda un sacrificio che, in quanto eccessivo, non è esigibile, il pagamento con assegno circolare costituisce un vero e proprio adempimento e non una *datio in solutum*, con l'inevitabile conseguente precipitato della non necessità del previo consenso.

Le considerazioni fin qui svolte con riferimento all'ipotesi in cui il debitore intenda liberarsi dal vincolo obbligatorio mediante ricorso a mezzi di pagamento alternativi al danaro contante, tuttavia, non valgono in relazione al bonifico bancario e all'assegno circolare. Funzione equivalente al danaro, infatti, può riconoscersi solo a quegli strumenti che, oltre ad avere lo stesso valore, forniscano sufficienti garanzie in punto di realizzo.

6 Cfr. Corte di Cassazione, 18 dicembre 2007 n° 26617, in *Borsa it. Cred.*, 2008, 5, II, 553

2 *La buona fede precettiva e le sue diverse declinazioni.*

La considerazione della buona fede quale fonte di responsabilità consente di considerare lo stesso principio in una differente prospettiva; in tale sede, infatti, non si può certo sottacere la possibilità che il principio in parola sia fonte di obblighi sia tra soggetti tra loro del tutto estranei sia tra coloro che siano già legati da un vincolo obbligatorio.

La buona fede c.d. precettiva, in particolare, assume una pluralità di vesti, potendosi atteggiare come integrativa strumentale, integrativa autonoma e, infine, semplicemente come autonoma.

Nel primo caso essa costituisce fonti di obblighi che assumono carattere strumentale rispetto a quello di adempimento della prestazione principale dedotta in obbligazione. Gli stessi gravano tanto sul creditore quanto sul debitore, rispondendo tanto all'esigenza di garantire il soddisfacimento dell'interesse creditorio quanto a quella di aumentare le possibilità di liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio.

Tra gli obblighi che gravano in capo al soggetto – parte debole possono annoverarsi oltre a quelli, forse di più intuitiva evidenza, di carattere informativo, quelli che impongono l'esecuzione di una prestazione diversa da quella originariamente dedotta in obbligazione, ove la stessa non sia più rispondente all'interesse creditorio.

Perché tuttavia la buona fede precettiva integrativa strumentale possa essere fonte di un obbligo di questo tenore è, tuttavia, necessario che la diversa prestazione sia esigibile dal debitore; nel caso in cui la stessa, infatti, implichi la profusione, da parte di quest'ultimo, di uno sforzo eccessivo, è da escludersi che l'inottemperanza all'obbligo possa essere fonte di responsabilità.

Analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento alla posizione del creditore; come *supra* ricordato - in tema di adempimento di obbligazione pecuniaria mediante mezzi alternativi al danaro – costituisce fonte di responsabilità per il soggetto – parte forte del rapporto il rifiuto di ricevere una prestazione diversa da quella originariamente dedotta in obbligazione, ove quest'ultima sia egualmente idonea a garantire la soddisfazione delle istanze creditorie.

Il creditore, tuttavia, è gravato anche di una serie di obblighi di collaborazione. All'obbligo di non aggravare la posizione del debitore già moroso, che ha connotazione intrinsecamente negativa - sostanziandosi nel dovere di non fare o fare quanto necessario per evitare l'aggravarsi delle conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento - , non può non affiancarsi la considerazione del principio di autoresponsabilità, *ex* all'art. 1227 c.c..

Tale norma, nel prevedere al co. 1 il principio della causalità materiale, corrispondente al nesso eziologico che deve sussistere tra il comportamento del debitore e l'evento dell'inadempimento, esclude che il debitore possa essere chiamato a rispondere dei danni che non sono imputabili alla sua condotta.

Più significativa, tuttavia, ai fini che qui interessano, è la norma del co. 2, che enuncia il principio della causalità giuridica, cioè dell'esigenza della ricorrenza di un legame causale tra l'evento dell'inadempimento e le conseguenze dannose. Il principio di autoresponsabilità cui sopra si faceva riferimento, con ogni evidenza, trova la propria base giuridica in questa norma, allorché la stessa prevede che “*il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”. Guardando a questa norma risulta, pertanto, palese l'intento del legislatore di riconoscere alla condotta del creditore contraria a buona fede un'idoneità interruttiva del nesso causale.

In conclusione, allora, è possibile sostenere che il dovere di collaborazione gravante sul creditore è obbligo che discende dal principio di correttezza e che la relativa violazione è fonte di responsabilità.

Dalla buona fede precettiva integrativa strumentale differisce quella precettiva integrativa autonoma; mentre, infatti, come si è avuto modo in precedenza di evidenziare, la prima è fonte di obblighi strumentali, volti a favorire l'adempimento della prestazione principale, la seconda è fonte di obblighi ulteriori a quelli che già sussistono tra le parti di un rapporto obbligatorio ma che, tuttavia, assumono il carattere dell'autonomia.

Come è possibile evincere dalla Relazione al Codice civile, la buona fede oggettiva impone a ciascuna parte del rapporto obbligatorio la considerazione dell'interesse dell'altra, cioè di agire a tutela non solo della propria ma anche dell'altrui sfera giuridica. Il che consente di concludere nel senso che essa è fonte anche di obblighi di protezione, significativamente definiti da autorevole dottrina⁷ come obbligazioni senza prestazione.

Proprio tale definizione rende evidente in modo plastico la loro peculiarità, determinata dalla circostanza che essi non hanno ad oggetto prestazioni determinate.

Ciò nonostante non si può non constatare come il proteggere implichi il prestare; da ciò discende la necessità, ai fini dell'adempimento degli obblighi in esame, di porre in essere tutte quelle condotte che risultino funzionali ai fini della tutela dell'altrui sfera giuridica.

Gli obblighi di protezione sono stati valorizzati dalla Cassazione allorché la stessa è stata chiamata a pronunciarsi in merito al contratto di leasing finanziario⁸, fattispecie che, prima dell'art. 1 co. 134 della legge n. 124 del 2017 era socialmente tipica – data la sua ampia diffusione nella prassi – e non normativamente tipizzata.

Il problema che tale fattispecie pone è dato dal fatto che si tratta di un'operazione complessa pluristrutturata; la giurisprudenza di legittimità, infatti, da tempo, è pervenuta alla conclusione secondo cui è escluso che essa si sostanzi in un unico contratto plurilaterale. Piuttosto, si ritiene che in seno alla stessa debbano distinguersi un contratto di vendita – concluso dal fornitore con la società di leasing – e uno di locazione finanziaria – intercorrente tra la seconda e l'utilizzatore.

Proprio tale approccio ermeneutico consente di escludere che in caso di difetto della *res* l'utilizzatore possa agire nei confronti del fornitore; non intercorrendo, infatti, con lo stesso, alcuna relazione contrattuale, sembrerebbe preclusa al primo la possibilità di agire in giudizio nei confronti del secondo al fine di far valere l'inadempimento.

Tale ostacolo non sussiste solo nel caso in cui sia dato rinvenire una clausola di cessione della posizione sostanziale vantata dalla società di *leasing* nei confronti del fornitore a vantaggio dell'utilizzatore, per effetto della quale si determina in capo a quest'ultimo un trasferimento di tutti i diritti spettanti alla prima nei confronti dell'operatore con cui alcun contratto è stato concluso.

Al di fuori di questa ipotesi, tuttavia, l'utilizzatore può agire in giudizio solo ai sensi dell'art. 1705 c.c., essendo condivisa la tesi secondo cui questi ben possa essere inteso alla stregua di un mandante e la società di *leasing* come mandatario senza rappresentanza. Prevedendo la norma da ultimo citata che “...il mandante, sostituendosi al mandatario, può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato”, deve escludersi la possibilità per il primo di agire per la risoluzione nei confronti del fornitore.

7 Cfr. C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra danno e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, 148 e ss., ora in *Id.*, *La nuova responsabilità civile*, II ed. Milano, 1997, 177 e ss.; A. Di Maio, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.* 1999, 446.

8 Cfr. Corte di Cassazione, 5 ottobre 2015 n° 19785, in *Giustiziacivile.com*, 2016

Questo vuoto di tutela (naturale precipitato del principio ex art. 1372 c.c., secondo cui il contratto è *res inter alios acta*) potrebbe essere colmato solo dall'esercizio dell'azione di risoluzione da parte della società di *leasing*. In tale sede, tuttavia, non si può sottacere che la stessa difficilmente potrebbe spontaneamente indursi a siffatta iniziativa giudiziale, posto che dalla stessa discenderebbe non solo la perdita del pagamento dei canoni cui è tenuto l'utilizzatore, ma anche il venir meno della garanzia costituita dalla proprietà del bene.

La Cassazione, allora, al fine di superare *l'empasse*, ha fatto ricorso al principio di buona fede, inteso come fonte di obblighi di protezione, al fine di sostenere che, per effetto dello stesso, la facoltà della società di *leasing* di agire in giudizio per la risoluzione si trasforma in un vero e proprio obbligo, a fronte della cui violazione si configura responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c..

Il discorso relativo agli obblighi di protezione, tuttavia, non può dirsi esaurito senza che si consideri la circostanza che essi possono sorgere anche tra soggetti che non sono tra loro legati da alcun vincolo contrattuale.

Questa preliminare considerazione dà la stura ad una serie di valutazioni da cui oggi, a seguito della legge 8/3/2017, n. 24, altrimenti nota come Gelli – Bianco, non può prescindere. Sebbene, infatti, per effetto della stessa debba escludersi la ravvisabilità di un contatto sociale qualificato tra medico e paziente, la teoria in questione non può dirsi abbandonata.

Sono elementi costitutivi del contatto sociale qualificato: quello materiale, corrispondente alla sussistenza di una relazione di fatto; quello funzionale, da identificarsi nello scopo che, a sua volta, costituisce il requisito corrispondente alla causa del contratto; e, infine, quello soggettivo, cioè l'affidamento che un soggetto ripone nell'altrui diligenza, professionalità e, più in generale, nella buona fede.

A sostegno dell'assunto secondo cui dalla stessa discendono effetti protettivi anche nei confronti dei terzi, è possibile fare riferimento al rapporto tra medico e gestante; all'obbligo, indiscusso, di protezione che sul primo grava nei confronti del secondo, si collocano, infatti, doveri di protezione ulteriori, concernenti la posizione di soggetti che con la paziente sono in una relazione di prossimità e di inerenza.

Questi sono gli approdi cui la giurisprudenza, prima del 2017, era pervenuta avendo riguardo alla posizione del marito della gestante e del nascituro.

Gli stessi, tuttavia, sono stati messi in discussione dal *novum* legislativo; siccome, per effetto dello stesso, in assenza di un contratto, la responsabilità del medico nei confronti della paziente ha carattere aquiliano, analoga natura si deve riconoscere a quella che sussiste nei riguardi di soggetti che con la stessa siano in una relazione di prossimità.

Come sopra si è accennato, in giurisprudenza è prevalente la tesi secondo cui l'intervento del legislatore del 2017 non deve essere inteso in senso tale da escludere *in toto* l'ammissibilità della teoria del contatto sociale. Sicchè possono considerarsi ancora valide le argomentazioni addotte dai giudici di legittimità al fine di concludere che, per effetto dell'accoglimento della domanda di iscrizione presso una scuola statale, sorge in capo al personale – docente in particolare – non solo un obbligo di istruzione, ma anche di protezione⁹. Da ciò discende che lo stesso personale è chiamato a rispondere a titolo di responsabilità contrattuale nell'ipotesi in cui l'allievo, durante il tempo in cui è

⁹ Corte di Cassazione, 27 giugno 2002, n. 9346, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 1013, con nota di L. Facci, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*; in *Dir. e Giust.*, 2002, fasc. 33, 19, con nota di D. Rossetti, *Quando il danno "contatto sociale" si estende agli istituti scolastici*; in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2414.

sottoposto alla sua vigilanza, si determini delle autolesioni.

Quanto osservato rende, allora, evidente che, per effetto della buona fede, si determina una trasformazione della responsabilità da aquiliana – di cui agli artt. 2043 e ss. c.c. – in contrattuale – regolata dagli artt. 1218 e ss. c.c. -, con tutte le conseguenze che ne derivano in punto di riparto dell'onere probatorio.

3 *La buona fede limitativa ed il divieto di abuso del diritto.*

La buona fede manifesta tutta la sua portata dirompente allorquando la si consideri nella sua accezione limitativa.

L'ordinamento giuridico, allorquando riconosce un diritto, esclude che lo stesso possa essere esercitato per finalità diverse ed ulteriori rispetto a quelle per cui lo stesso è attribuito e con modalità tali da ledere ingiustificatamente le ragioni degli altri consociati.

Il che consente di constatare che due sono gli ordini di limiti che il titolare di un diritto è tenuto a rispettare: quelli funzionali e quelli modali. A fronte della relativa violazione, infatti, si configura quella controversa e pluriforme fattispecie altrimenti nota come abuso del diritto. Sebbene della stessa non si faccia menzione all'interno del codice civile, è pacificamente riconosciuta la sua immanenza nell'ordinamento giuridico, quale principio che trova il suo fondamento negli artt. 41, 42 e 2 Cost., laddove gli stessi fanno riferimento alla funzione, all'utilità e alla solidarietà sociale.

La mancata inclusione nel testo del codice del 1942 della norma dell'art. 7 del progetto definitivo¹⁰ che all'abuso del diritto faceva *expressis verbis* riferimento ha indotto una parte della dottrina e della giurisprudenza a ritenere che lo stesso non trovi cittadinanza all'interno del nostro sistema giuridico.

È questa, tuttavia, ad oggi, una tesi minoritaria, essendosi, per contro, valorizzata la circostanza che, pur a voler escludere che il fondamento dello stesso possa ravvisarsi nelle norme sopra indicate, la relativa cogenza è determinata dall'efficacia che nel diritto interno sono destinate ad esplicare le disposizioni del diritto unionale¹¹ e quelle della Cedu¹².

Costituendo l'abuso del diritto una fattispecie pluriforme, il problema che la stessa pone concerne l'individuazione della sanzione applicabile.

Tradizionalmente la stessa è stata ravvisata nell'*exceptio doli*, per tale dovendosi intendere l'eccezione che consente di paralizzare l'efficacia della pretesa abusiva avanzata da una parte nei confronti dell'altra.

Sul punto si ricorda come la Corte di Cassazione abbia evidenziato come l'*exceptio doli generalis seu praesentis* si distingue dall'*exceptio doli generalis seu praeteriti*.

10 Nello specifico la “ mancata” disposizione prevedeva che “nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”.

11 Art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato “Divieto dell'abuso di diritto”, dispone che: “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta.”

12 Art. 17 Cedu, rubricato “Divieto dell'abuso del diritto”, dispone che: “Nessuna disposizione della presente convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione.”

Essa, infatti, allude al dolo attuale, nel momento in cui viene esperita l'azione nel processo; rappresenta un rimedio di carattere generale, volto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che ne rappresenta la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale basata sullo stesso, qualora l'attore abbia nascosto situazioni sopravvenute al contratto ed idonee a modificare o estinguere il diritto, ovvero abbia presentato richieste di pagamento abusive o fraudolente o abbia violato il divieto di venire *contra factum proprium*.

Diversamente, sempre i giudici di legittimità hanno ulteriormente chiarito come l'*exceptio doli specialis* si riferisce al dolo compiuto al momento della conclusione dell'atto e mira a far valere l'esistenza di raggiri posti in essere per indurre un soggetto a stipulare un determinato negozio al fine di ottenerne l'annullamento o a denunciare la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative e di formazione del contratto, rilevante come dolo incidente qualora i raggiri abbiano inciso sul contenuto del contratto, con relativa responsabilità per i danni cagionati dalla sua condotta¹³.

Sul punto si evidenzia, inoltre, come sebbene non sia dato rinvenire nel codice una norma che disciplini l'*exceptio doli generalis*, è possibile individuare istituti che ne condividono la *ratio*¹⁴.

Dopo una fase iniziale, in cui dottrina e giurisprudenza hanno escluso la possibilità di riconoscere al rimedio in esame valenza generale, si è ammessa la sua rilevanza. Non è stata, tuttavia, risolta in modo univoco la questione relativa al suo fondamento: a chi ritiene che esso debba essere rintracciato nel principio di buona fede, infatti, si contrappongono quanti sostengono che esso debba ravvisarsi nel divieto di abuso del diritto o in entrambi queste regole di portata generale. In senso critico non si è mancato di osservare che, mentre aderendo alla prima impostazione si finisce per limitare l'operatività del rimedio in parola al settore dei contratti e delle obbligazioni, alla condivisione della seconda osta la considerazione dell'esperibilità del rimedio anche quando manchi un abuso. Pertanto è preferibile – ad avviso di chi scrive – la posizione maggioritaria, secondo cui occorre procedere ad una valorizzazione dell'elemento comune alle tre fattispecie che si esaminano, corrispondente alla finalità perseguita. Identificandosi la stessa nella selezione degli interessi perseguiti dalle parti attraverso i rapporti obbligatori, l'*exceptio doli* assume il carattere di strumento utile al fine di determinare il rigetto della pretesa, laddove i primi non siano meritevoli di tutela¹⁵.

Tale strumento di tutela è stato ampiamente valorizzato con riferimento al contratto di garanzia autonomo. Costituendo, infatti, lo stesso una fattispecie che si caratterizza in virtù di un'astrazione sostanziale, è preclusa al garante la possibilità di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base; ne discende, quale corollario, l'obbligo per il primo di pagare a prima – o semplice – richiesta del secondo, anche quando il diritto sia manifestamente inesistente.

13 Corte di Cassazione, 7 marzo 2007 n° 5273, in *Guida al diritto*, 2007, 27, 48.

14 È il caso degli artt. 1241 e ss. c.c. in materia di compensazione; dell'art. 1260 co. 2, per cui le parti non possono opporre al cessionario il patto con cui hanno escluso la cedibilità del credito se non si prova che egli lo conosceva al momento della cessione; dell'art. 1359 c.c., che prevede la finzione di avveramento della condizione; dell'art. 1426c.c., che esclude l'annullabilità del contratto nel caso in cui il minore abbia con raggiri occultato la sua età; dell'art. 1438 c.c., concernente la minaccia di far valere un diritto; dell'art. 1460 co. 2 c.c., che esclude la possibilità di rifiutare l'esecuzione di un contratto se il rifiuto è in contrasto con la buona fede e dell'art. 1490 co. 2 c.c., che esclude l'efficacia del patto con cui si è esclusa o limitata la garanzia per i vizi della cosa venduta nel caso in cui il venditore abbia in mala fede taciuto i vizi della cosa.

15 In tal senso G.MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell'exceptio doli e gli obiter dicta della Cassazione*, cit. 1389.

Proprio al fine di paralizzare la pretesa abusiva avanzata dal creditore, allora, la giurisprudenza ha consentito il ricorso al mezzo di tutela in discorso, valorizzando la *ratio* garantista ravvisabile a fondamento del principio di buona fede¹⁶.

La giurisprudenza ha riconosciuto la ricorrenza dell'abuso del diritto anche nel caso del creditore che, mediante proposizione di distinte domande giudiziali, miri a conseguire il pagamento del credito unitario; mutando il proprio precedente orientamento¹⁷, la stessa ha sostenuto l'abusività del frazionamento, valorizzando il principio del giusto processo e quello di solidarietà sociale¹⁸.

I giudici di legittimità hanno constatato come si ponga in conflitto con il principio di cui all'art. 111 Cost. la condotta da ultimo indicata, in ragione della regola che impone l'economia dei mezzi processuali, di quella che mira a favorire la cognizione della medesima vicenda "esistenziale" da parte di un solo giudice e del rischio di un contrasto di giudicati.

In secondo luogo, peraltro, il carattere illecito della condotta giudiziale di frazionamento è stato posto in luce evidenziando le conseguenze negative che dalla stessa derivano per il debitore, senza che alle stesse corrisponda un apprezzabile – quindi meritevole – interesse del creditore. *In primis*, infatti, ne deriva un prolungamento del vincolo coattivo, cui si affiancano non solo maggiori spese per la parte debole del rapporto obbligatorio, ma anche l'onere di proporre plurime opposizioni, funzionali ad evitare la formazione di giudicati pregiudizievoli.

Tanto premesso, è il caso di osservare che, da ultimo, la Cassazione, nella sua più autorevole composizione, senza smentire le proprie precedenti posizioni, ha operato delle specificazioni. Si è pronunciata, in particolare, con riferimento all'ipotesi in cui plurimi crediti discendano da un unico rapporto complesso, qual è quello di lavoro.

Sebbene, infatti, restino ferme tutte le problematiche correlate ai rilievi precedentemente esposti, non vi è chi possa negare che, nel caso in cui a venire in rilievo sia un rapporto di durata, varie e meritevoli sono le ragioni che possono indurre il creditore ad agire più volte in giudizio¹⁹. In primo luogo, infatti, nel caso in esame si possono prospettare crediti che hanno diversi tempi di maturazione; in secondo luogo essi possono essere fondati su presupposti di fatto e di diritto diversi; infine possono avere natura differente. A queste considerazioni, tuttavia, la Cassazione ne affianca di ulteriori, incentrate, da un lato, sul carattere meritorio dell'interesse del creditore ad avvalersi, laddove un credito lo consenta, di procedimenti più snelli e, dall'altro, ad approfittare dell'alleggerimento degli oneri probatori conseguente al frazionamento.

Del resto – si osserva – la possibilità di agire in separati giudizi per conseguire il pagamento di crediti distinti, ancorchè derivanti da un unitario rapporto di durata, è contemplata dal codice di procedura civile, allorché lo stesso reca la disciplina, agli artt. 31, 40 e 104 c.p.c., delle domande accessorie, connesse e della proponibilità nei confronti della stessa parte di più domande – non altrimenti connesse - nell'ambito del medesimo giudizio.

La conclusione cui, pertanto, perviene la Cassazione è che il frazionamento non è abusivo nel caso in cui i crediti discendenti da un unico rapporto di durata siano distinti, salvo che non siano fondati sul medesimo titolo; in tal caso, infatti, laddove manchi la deduzione dell'abusività da parte del convenuto, la stessa potrà essere rilevata d'ufficio

16 Cfr. Corte di Cassazione, 17 marzo 2006 n° 5997, in *Foro it.*, 2007, 5, I, 1582

17 Cfr. Corte di Cassazione, 10 aprile 2000, n° 108, in *Dir. e giur.*, 2002, 443

18 Cfr. Corte di Cassazione, 15 novembre 2007, n° 23726, in *Giustizia civile*, 2008, 12, 2807

19 Cfr. Corte di Cassazione, 16 febbraio 2017 n° 4090, in *Diritto e Giustizia*, 2017, 18.

dal giudice, cui deve riconoscersi il potere di riservare la decisione ai sensi dell'art. 183 c.p.c. e di assegnare alle parti un termine per la presentazione di memorie ex art. 101 co. 2 c.p.c..

4 *La buona fede correttiva ed il potere di intervento del giudice sugli atti di autonomia privata.*

L'ultima funzione che, seppure con profili di incertezza applicativa, è riconosciuta alla buona fede è quella correttiva.

Essendo la stessa intesa come regola di reciprocità, da intendersi nel senso della proporzionalità, si riconosce la sua idoneità a modificare il contenuto del rapporto obbligatorio, laddove lo stesso importi prestazioni sproporzionate a carico delle parti.

I profili di maggiore problematicità, tuttavia, attengono alla possibilità di riconoscere la buona fede – nell'accezione che in tale sede viene in rilievo – come strumento utilizzabile dal giudice per intervenire sulle manifestazioni dell'autonomia negoziale.

Della questione si è occupata, in primo luogo la Corte costituzionale²⁰, allorché la stessa è stata chiamata a pronunciarsi con riferimento alla legittimità costituzionale dell'art. 1385 co. 2 c.c., ritenuto in contrasto dal giudice rimettente – il Tribunale di Tivoli²¹ – con l'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'"irragionevolezza", intesa come "intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità", nella parte in cui "non dispone che – nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra – il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi".

La Corte costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità della questione - tanto sotto il profilo del difetto di motivazione, quanto sotto quello della manifesta infondatezza - ha dimostrato di non condividere le censure del giudice rimettente, secondo cui non è dato ravvisare in seno all'ordinamento un qualunque strumento che consenta al giudice di riequilibrare l'assetto contrattuale; secondo la Consulta, infatti, il giudice, in casi analoghi a quello che in tale sede le veniva prospettato, potrebbe rilevare d'ufficio la nullità ai sensi dell'art. 1418 co. 1 c.c., per contrasto con l'art. 2 Cost., in combinato disposto con il principio generale di buona fede.

Nello stesso senso merita di essere considerato l'*obiter dictum* con cui la Cassazione²² ha ritenuto immeritevole di tutela la clausola *claim's made* che escluda le richieste postume, in relazione a tre distinti profili valutativi.

In primo luogo perché, così opinando, si attribuisce all'assicuratore un vantaggio "ingiusto e sproporzionato" in relazione ai danni causati dall'assicurato nella prossimità della scadenza del contratto, di cui il danneggiato non abbia chiesto il risarcimento nel termine finale di efficacia della garanzia.

In secondo luogo perché pone l'assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra, facendo dipendere l'avveramento della condizione dell'attivazione della garanzia – la richiesta risarcitoria – da un fatto del tutto avulso dalla sfera di controllo dell'assicurato.

20 Cfr. Corte costituzionale, 2 aprile 2014, n° 77, in *Foro it.*, 2014, 7-8, 2035.

21 Sul punto si ricorda inoltre Corte Costituzionale 24 ottobre 2013 n° 248, in *Foro it.*, 2014, 2. I, 382.

22 Cfr. Corte di Cassazione, 28 aprile 2017 n° 10506, in *Foro it.*, 2017, 9, 2171. Cfr. inoltre sul punto Corte di Cassazione, 26 febbraio 2014 n° 3622, in *Guida al diritto*, 2014, 19, 70 Corte di Cassazione 6 maggio 2016 n° 9140, in *Giustiziacivile.com*, 2016.

Ma, soprattutto, perché può costringere l'assicurato a tenere condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente garantiti, impedendogli di risarcire il danno prima ancora che la relativa richiesta sia avanzata, per non vedersi poi negare l'indennizzo dall'assicuratore sul rilievo per cui nessuna richiesta risarcitoria gli sarebbe pervenuta.

Entrambe le pronunce sono state accolte dalla dottrina in senso critico. Sebbene, infatti, sia prevalente la tesi di quanti sostengono la possibilità di riconoscere al giudice il potere di intervenire sulle manifestazioni di autonomia privata in senso correttivo, laddove le stesse implicino una sproporzione a danno di una parte e a vantaggio dell'altra, non manca chi ritiene che conclusioni di tal fatta non siano pienamente compatibili con un ordinamento che, da tempo, ha perso i profili di dirigismo che originariamente lo caratterizzavano.

" La responsabilità da illecito Antitrust "

Angela Di Dio

Avvocato e Dottore di ricerca

Abstract

The article follows the main provisions of the European Directive 104/2014 / EU on action to compensate for the damage caused by anti-competitive conduct, including those relating to the allocation of the burden of proof and the role to be recognized in the provision of the national supervisory authority in the civil damages litigation, and then to consider the subsequent transposing legislation by the national legislator, which was done with the recent decree no. 3 of 2017 which differs only marginally with the forecasts contained in the said Directive.

Keywords: Antitrust – competition – public – private enforcement –

L'articolo ripercorre le principali disposizioni contenute nella direttiva europea 104/2014/UE in tema di azione per il risarcimento del danno derivante da condotta anticoncorrenziale, tra le quali quelle relative al riparto dell'onere della prova e del ruolo da riconoscere al provvedimento dell'autorità nazionale garante nelle controversie risarcitorie civili, per poi valutare la successiva normativa di recepimento da parte del legislatore nazionale avvenuta con il recente decreto n. 3 del 2017 che si discosta solo marginalmente con le previsioni contenute nella indicata direttiva.

Parole chiave: Antitrust – concorrenza – public – private enforcement –

Premessa - 1. La tutela della concorrenza nel sistema nazionale: il public e il private enforcement - 2. L'illecito antitrust: le innovazioni contenute nella direttiva 2014/104/UE - 2.1 Segue: Le problematiche in tema di onere della prova - 3. La normativa di recepimento contenuta nel d.lgs. n. 3 del 2017 - 4. Conclusioni.

Premessa

La direttiva 2014/104/UE¹ ha fornito una disciplina specifica finalizzata a garantire il diritto al risarcimento del danno derivante da una violazione delle norme poste a presidio della concorrenza, vincolando gli Stati a recepirla entro il 27 novembre 2016.

La suddetta direttiva nasce allo scopo di uniformare la materia della responsabilità civile per condotte anticoncorrenziali all'interno dei singoli stati e, al contempo, assicurare e potenziare il collegamento tra private e public enforcement², ovvero tra le decisioni delle autorità nazionali garanti, con cui si accerti la violazione di una norma sulla concorrenza³, e le azioni giudiziarie intraprese, in sede civile, dalla vittima dell'illecito anticoncorrenziale⁴.

Il fine perseguito è quello di agevolare il sistema di tutela dei privati, mediante la predisposizione di una normativa omogenea tra i vari paesi dell'Unione Europea, sulla base della constatazione della difficoltà di accoglimento delle azioni di risarcimento del danno scaturite dalla violazione delle regole europee poste a presidio della tutela della concorrenza, stante la particolare complessità della prova di tutti gli aspetti strutturali della suddetta responsabilità.

Il legislatore vuole così garantire un medesimo livello di tutela tra gli Stati, introducendo specifiche regole, sia sostanziali che processuali.

1 Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 n. 104. In argomento, *ex multis*, NEGRI, *In dirittura d'arrivo la Direttiva sulle azioni del risarcimento del danno antitrust*, in *Int'l Lis*, 2014, 72; LIBERTINI, *La determinazione del danno risarcibile nella proposta di direttiva comunitaria sul risarcimento del danno "antitrust". Alcune osservazioni preliminari*, in *Conc. e merc.*, 2014, 265; RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, 784; VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.*, 2015, 301; M. TODINO, *Il danno risarcibile*, in *Aida*, 2015, 1, 15; MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della dir. 2014/107UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. Impr. - Europa*, 2015, 390.

2 B. GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell'art. 9, co. I della direttiva antitrust 104/2014*, in *AIDA*, fasc.1, 2015, 154.

3 Sul potere sanzionatorio delle Autorità garanti e sulle metodologie di calcolo delle sanzioni tese a garantire lo scopo di deterrenza, cfr. F. GHEZZI, *Impresa e sanzioni nella prassi applicativa dell'Autorità Garante della concorrenza: qualche problema tecnico*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2016, 815.

4 Il 34° considerando della direttiva 104/2014 enuncia: "...per migliorare la certezza del diritto, evitare contraddizioni nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, aumentare l'efficacia e l'efficienza procedurale delle azioni per il risarcimento del danno e promuovere il funzionamento del mercato interno per le imprese e i consumatori, la constatazione di una violazione dell'articolo 101 o 102 TFUE in una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso non dovrebbe essere rimessa in discussione in successive azioni per il risarcimento del danno. Pertanto, siffatta constatazione dovrebbe essere ritenuta definitivamente accertata in azioni per il risarcimento del danno riguardanti la violazione in questione intentate nello Stato membro dell'autorità nazionale garante della concorrenza o del giudice del ricorso. L'effetto della constatazione dovrebbe, tuttavia, riguardare soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, come determinata dall'autorità garante della concorrenza o dal giudice del ricorso nell'esercizio della sua giurisdizione. Anche laddove una decisione abbia constatato una violazione di disposizioni del diritto nazionale della concorrenza in casi in cui le norme del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale sono applicate nello stesso caso e in parallelo, tale violazione dovrebbe considerarsi inconfutabilmente accertata".

Nel disegno normativo comunitario, infatti, la garanzia di una disciplina uniforme nei vari stati, consente il perseguimento di un'ulteriore ed indiretta finalità relativa alla riduzione del fenomeno cd. di forum shopping, che si realizza allorché le parti di una controversia giudiziaria sottopongono la questione alla cognizione di un giudice di un dato Stato piuttosto che di un altro, qualora si ritenga che da tale scelta possa scaturire l'applicazione di disposizioni od orientamenti più favorevoli. In particolare, i casi che possono concretamente presentarsi si riferiscono alle ipotesi in cui le domande di risarcimento dei danni vengono prospettate nei paesi in cui la normativa interna è in grado di assicurare all'attore maggiori possibilità di vittoria; talvolta, proprio a tale scopo, la scelta viene effettuata a monte da parte delle imprese che decidono di intraprendere la loro attività produttiva nei luoghi in cui vi sono maggiori possibilità di evitare un risarcimento dei danni essendo più difficile la configurazione della responsabilità.

Nasce così un microsistema della responsabilità extracontrattuale delle regole della concorrenza, volto a garantire che i soggetti lesi da infrazioni delle norme UE sulla concorrenza ricevano un pieno risarcimento per il danno subito⁵.

Ed è proprio dalle difficoltà collegate all'esercizio di siffatto diritto, ricompreso nei principi generali dell'ordinamento comunitario, che il legislatore europeo è stato indotto ad intervenire, alla luce dall'aumento del numero delle controversie registrato negli uffici giudiziari, come rilevato dalle istituzioni europee⁶, ed alla differente disciplina normativa riscontrabile nei singoli Stati membri⁷. Infatti, peculiari problemi sono posti proprio dalle imprese operanti in una pluralità di stati, dove la diversità di previsioni legislative è causa di una incertezza del diritto nonché di una non corretta applicazione delle regole della concorrenza.

Tutta la disciplina contenuta nella direttiva è informata ai principi ispiratori del diritto europeo della concorrenza, da sempre richiamati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ovvero il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di parità delle armi e del riconoscimento del pieno risarcimento del danno sofferto.

La considerazione che informa tutto il disegno legislativo europeo è che la garanzia del ristoro dei danni patiti implichi inevitabilmente un maggior rispetto delle regole della concorrenza, le sole capaci di assicurare il corretto funzionamento del mercato europeo.

1 *La tutela della concorrenza nel sistema nazionale: il public e il private enforcement*

Nel nostro sistema il legislatore è intervenuto in materia introducendo una apposita

5 G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp.civ. e prev.*, 2016, fasc. 3, 1082B, evidenzia la “natura bifronte dell’azione per il risarcimento del danno antitrust”, avendo, da un lato, “una funzione di deterrenza e di garanzia di effettività del diritto della concorrenza europea” e, al contempo, costituendo un “utile strumento di tutela dei diritti dei singoli”.

6 Risoluzione del Parlamento Europeo del 26 marzo 2009 sul Libro bianco in materia di azioni di risarcimento per violazione delle norme antitrust comunitarie (2008/2154 (INI))

7 Il punto è evidenziato al considerando 8 della direttiva 2014/104/UE: “Le imprese stabilite e operanti in Stati membri diversi sono soggette a differenti norme procedurali che incidono fortemente sulla misura in cui possono essere considerate responsabili di violazioni del diritto della concorrenza. Questa applicazione disomogenea del diritto al risarcimento garantito dal diritto dell’Unione non solo può portare a un vantaggio concorrenziale per certe imprese che hanno violato gli artt. 101 e 102 TFUE, ma può altresì disincentivare l’esercizio del diritto di stabilimento e di fornitura di beni e servizi negli Stati membri in cui il diritto al risarcimento è applicato in modo più efficace”.

normativa contenuta nella legge n. 287 del 10 ottobre 1990; proprio in attuazione dei principi comunitari, la concorrenza, tessuto connettivo dell'Unione Europea, bene primario del nostro sistema, posto a fondamento del benessere sociale, rinviene così una espressa tutela nella legge indicata.

Nel diritto interno la sua protezione è affidata a due strade: il public enforcement e il private enforcement⁸, ovvero il controllo pubblico e il controllo privato.

Il primo si realizza mediante le azioni di controllo effettuate dalla Pubblica amministrazione e, in particolare, mediante l'attività dell'AGCM, istituita proprio a tal fine; una autorità non giurisdizionale, dotata del carattere dell'indipendenza, differentemente dalla parzialità che connota le amministrazioni tradizionali, caratterizzate da un elevato grado di tecnicismo e professionalità.

A dimostrazione dell'importanza riservata alla tutela della concorrenza, il legislatore è intervenuto con l'attribuzione di uno straordinario potere di azione in capo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato contro atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualsiasi amministrazione mediante la previsione di cui all'art. 21 bis l. n. 287/1990⁹.

Il private enforcement rappresenta, invece, il controllo privato della concorrenza, che interviene laddove la Pubblica Amministrazione non è in grado di garantirla adeguatamente. Il legislatore ha ritenuto il valore della concorrenza talmente importante da affidare la sua tutela anche all'iniziativa del privato.

Gli strumenti all'uopo predisposti sono due: la class action, non ricompresa nella direttiva del 2014 e l'azione di risarcimento del danno.

Il problema maggiore posto all'attenzione degli interpreti discende dall'assenza di una apposita disciplina relativa ad un possibile coordinamento tra decisioni amministrative e decisioni rese dall'autorità giurisdizionale nonché sull'obbligo per quest'ultimo di ritenere vincolante le statuizioni rese da un'autorità nazionale al fine di garantire la certezza delle situazioni giuridiche, alleggerire il carico probatorio ed evitare contrasti decisionali. Sul punto occorre evidenziare che l'orientamento predominante della dottrina e della giurisprudenza è sempre stato orientato nel ritenere autonomi ed indipendenti i sistemi di private e public enforcement¹⁰. Operano su piani differenti, essendo affidati a diversi soggetti ma ambedue tesi al medesimo scopo della tutela del diritto della concorrenza.

2 ***L'illecito antitrust: le innovazioni contenute nella direttiva 2014/104/UE***

Nell'analisi della normativa europea emerge come il legislatore non abbia proceduto

8 L'ambito del private antitrust enforcement è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina prima della emanazione della direttiva in esame. Cfr., G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, cit. Sul punto si veda: BENNACCHIO-CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Trento, 2007; CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012; CASTRONOVO, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, 1165; MAUGERI, *Risarcimento del danno e diritto antitrust: le prospettive comunitarie in Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010, 147;

9 La giurisprudenza amministrativa e la Corte Costituzionale hanno chiarito che non si tratta di una ipotesi di giurisdizione oggettiva come prospettato da un filone dottrinale, ma bensì di una giurisdizione soggettiva perché l'AGCM attraverso l'impugnazione di atti violativi della concorrenza fa valere un interesse collettivo di cui è portatrice costituito dalla concorrenza, quale bene della vita autonomo. Cfr. Tar Lazio, Sez. III ter, 15 marzo 2013, n. 2720.

10 Cfr., A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.

ad individuare i criteri di imputazione della responsabilità da illecito antitrust; in particolare con riguardo alle condotte illecite, la direttiva riprende le figure delle intese e dell'abuso di posizione dominante contemplate rispettivamente dagli artt. 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Analizzando le principali disposizioni della direttiva e ripercorrendo i principi informativi della normativa europea, emerge il dettato di cui all'art. 2 che pone quale obiettivo primario della disciplina il risarcimento integrale del danno subito dalla vittima.

In tale modo si evidenzia la funzione compensativa perseguita dal risarcimento del danno volta a "compensare" la sfera giuridica del danneggiato per tutti i danni patiti e subiti dalla condotta illecita.

La minaccia della sopportazione della riparazione del danno cagionato svolge anche l'ulteriore ed indiretta funzione deterrente, ma non punitivo sanzionatoria¹¹, come emerge dalla statuizione di cui all'art. 2 co. 3 della direttiva europea¹².

Trattasi di un illecito, secondo l'orientamento tradizionale della dottrina maturatosi ancor prima dell'entrata in vigore della disciplina europea, ricompreso nell'alveo del sistema della responsabilità civile, nonostante i profili di specialità.

L'illecito anticoncorrenziale costituisce un illecito plurioffensivo dal momento che le conseguenze negative discendenti da una condotta anticompetitiva sono idonee a ledere una pluralità di soggetti operanti sul mercato, tanto in modo stabile, come nel caso delle imprese, che in via occasionale, come accade per i consumatori finali¹³.

La differenza tra i soggetti danneggiati non è rilevante, a ben vedere, ai fini della legittimazione ad agire dal momento che la direttiva estende la categoria dei potenziali soggetti attivi, riconoscendola a "chiunque" lamenti di essere stato vittima di una condotta anticoncorrenziale, quanto piuttosto sotto il profilo dei danni risarcibili e la loro corretta quantificazione.

La normativa, infatti, si pone in linea di continuità con l'orientamento della Corte di Giustizia per il quale, in presenza di un illecito antitrust, tutti possono agire in giudizio e dedurre la violazione delle norme del trattato al fine di ottenere il ristoro dei danni patiti, anche per azioni illecite poste da soggetti con i quali non è stata intrattenuto alcun rapporto contrattuale.

Punto di partenza è la statuizione contenuta nell'art. 3 della direttiva che ribadisce il diritto al risarcimento pieno del danno patito, prevedendo espressamente che non possa dar vita ad una forma di eccessivo ristoro capace di assumere la natura di danno punitivo: "il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi".

11 M. FRATINI, *Il sistema del diritto civile, La responsabilità extracontrattuale*, vol. 2, Dike, 2017, 140, evidenzia che le funzioni indicate implicano l'abbandono di una prospettiva punitiva realizzata attraverso strumenti privatistici che caratterizzano in modo particolare il sistema statunitense. Negli Stati Uniti, infatti, in funzione di deterrenza, è consentito al giudice liquidare i cd. punitive damages, ovvero somme pari al triplo del danno da illecito anticoncorrenziale che si ritiene il danneggiato abbia subito.

12 Il pieno ristoro riconosciuto alla vittima incontra il limite indicato dall'art. 2, co. 3, della direttiva europea il quale prevede che il risarcimento non può essere "eccessivo, sia esso a titolo di risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura".

13 In tema di condotte anticoncorrenziali si veda, tra i tanti, D. BONACCORSI DI PATTI, *Diritto antitrust e responsabilità dell'impresa per il comportamento di un terzo: i criteri di imputabilità della condotta anticoncorrenziale*, in *Resp. civ e prev.*, fasc. 1, 2017, 124.

Come emerge immediatamente il legislatore europeo recepisce la teoria del danno risarcibile quale danno al patrimonio differenziale, derivante dalla comparazione tra la situazione generata dal comportamento illecito e quella che sarebbe stata sussistente in assenza dello stesso; al contempo, vengono richiamati i noti concetti del danno emergente e del lucro cessante¹⁴ nonché il pagamento degli interessi, in linea di continuità con la tradizione civilistica italiana.

Il legislatore europeo rimane fedele al riconoscimento della natura puramente compensativa del danno e dell'inammissibilità di un arricchimento della vittima nei confronti dell'autore della violazione della condotta antitrust¹⁵.

Come sottolineato in dottrina, l'espressa esclusione di alcuna forma di sovracompenso non incide sulla funzione deterrente della responsabilità anticoncorrenziale¹⁶; a ben vedere vi sono una serie di indici che contemplano criteri di quantificazione del danno che tengono conto di questa funzione deterrente quali, ad es.: la presunzione *iuris tantum* prevista nel caso dell'acquirente indiretto (art. 14. della direttiva 2014/104); l'inversione dell'onere della prova laddove si ritiene che in presenza di un cartello si presuma la sussistenza del danno (art. 17 della direttiva 2014/104).

L'esatta determinazione del danno costituisce una operazione complessa e difficile della quale il legislatore europeo ne è ben consapevole in quanto implica una valutazione dell'andamento del mercato di difficile valutazione. A tale scopo la direttiva prevede che gli Stati contemplino una "assistenza" nella quantificazione dei giudici nazionali, a seguito di specifica richiesta, da parte delle autorità garanti nazionali.

Il danno deve essere liquidato alla luce dei principi di efficacia e, in base alle nostre normative nazionale, qualora risulti al giudice precluso un accertamento preciso del danno in assenza di prove disponibili soccorrerà l' art. 1226 cod. civ. che consente una determinazione in via equitativa.

Nei giudizi aventi ad oggetto azioni di responsabilità per danni cagionati da condotte anticoncorrenziali si è soliti differenziare tra azioni autonome (o stand alone) e azioni di seguito (o follow on).

Come emerge dalla denominazione, le azioni cd. autonome consentono la possibilità di adire l'autorità giurisdizionale, far valere l'illiceità di una condotta (si pensi ad un abuso che abbia determinato la fuoriuscita dal mercato della vittima) nelle ipotesi in cui manchi un accertamento da parte dell'Autorità Garante della concorrenza. Diversamente dalla seconda ipotesi costituita dalle azioni di seguito che si instaurano solo dopo l'accertamento dell'illecito da parte dell'autorità di vigilanza mediante apposito provvedimento amministrativo.

Ben si comprende il diverso onere spettante alle parti attrici sotto il profilo probatorio a seconda dell'azione intrapresa. Come testimonia l'esperienza nazionale, le azioni di risarcimento instaurate sono classificabili per lo più quali azioni di seguito dal momento che i procedimenti intrapresi dall'autorità di vigilanza hanno consentito il superamento della difficoltosa prova del fatto illecito.

14 M. TODINO, *Il danno risarcibile, cit.*, si pone in posizione critica con talune scelte legislative come il richiamo agli elementi costitutivi tipici dell' illecito aquiliano escludendo qualsiasi componente punitiva dal quantum risarcibile.

15 Corte di Giustizia, 13 luglio 2006, C 295-298, Manfredi, ha precisato "che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto".

16 Cfr. G. PULEIO, *Il risarcimento, cit.*; sulla non necessità della previsione di danni punitivi per il perseguimento della funzione deterrente della responsabilità, si veda, *ex multis*, BARCELLONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008, 120.

La direttiva ha avuto il merito di potenziare e favorire l'accesso alla prova dell'illecito da parte dei privati mediante strumenti capaci di colmare l'asimmetria informativa tra le parti coinvolte.

Infatti, nel perseguimento della suddetta finalità, la normativa europea disciplina le modalità di accesso al fascicolo del procedimento di accertamento della violazione delle regole della concorrenza intrapreso da parte della autorità competente. Esigenza questa che assume un rilievo dirimente nell'ambito delle azioni autonome, diversamente da quelle di seguito in cui l'interesse della parte danneggiata è fruire dell'accertamento effettuato in via amministrativa da parte dell'autorità in modo da poter facilmente dimostrare l'esistenza della condotta illecita.

La giurisprudenza civile, anche prima della emanazione della direttiva 104/2004, in base ad un orientamento consolidato, ha sempre considerato "prova privilegiata" il provvedimento amministrativo ai fini probatori¹⁷. Infatti uno dei principali problemi interpretativi è stato quello di comprendere in presenza di una domanda di risarcimento del danno da violazione della concorrenza presentata davanti al giudice ordinario e proposta da un consumatore che effetto abbia il provvedimento dell'AGCM che abbia accertato la violazione della concorrenza nel giudizio risarcitorio contro le imprese responsabili.

Veniva ritenuto adempiuto l'onere probatorio di dimostrazione della condotta anticoncorrenziale da parte dell'attore qualora quest'ultimo avesse prodotto in giudizio il provvedimento dell'autorità garante. Al contempo, occorre precisare che ancorché prodotta così la prova "privilegiata" della violazione della normativa antitrust comunque si ammetteva il diritto del convenuto di fornire una prova contraria¹⁸ e all'attore l'onere di provare di tutti gli altri elementi costitutivi dell'illecito e, in particolare, del nesso di causalità tra condotta anticoncorrenziale e danno patito dall'attore, che, in talune pronunce, è stato ritenuto soddisfatto mediante la sola produzione in giudizio del provvedimento dell'autorità, sulla base del criterio della presunzione¹⁹.

La presenza di un provvedimento amministrativo non esclude che nelle more di un giudizio l'autorità giurisdizionale potesse giungere ad una diversa statuizione alla luce delle confutazioni prospettate dal convenuto, in base all'orientamento giurisprudenziale per cui il giudice non risulta vincolato dal provvedimento reso della autorità antitrust²⁰, stante la piena autonomia di valutazione del giudice rispetto all'accertamento attuato dall'autorità amministrativa.

17 Con riguardo all'efficacia dei provvedimenti dell'Autorità garante, si veda PAGNI, *La tutela apprestata dal giudice ordinario in materia antitrust*, in Catricalà-Garbielli, *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, 525; COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Il giusto proc. civ.*, 2016, 195; PASQUARELLI, *Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'Agcm a seguito della dir. 2014/104/UE*, in *Dir. ind.*, 2016, 252; In argomento, cfr. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Torino, 2006, 50 ss. e 177 ss.; *Id.*, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, II, *La tutela della concorrenza innanzi al giudice civile*, Torino, 2012, 299 ss..

18 Cfr. Cass., Sez. III, 22 settembre 2011, n. 19262, "Nel giudizio instaurato ai sensi dell'art. 33, comma 2, della l. n. 287/1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, sebbene le conclusioni assunte dall'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una prova privilegiata in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie". Cfr. Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass. civ., Sez. III, 18 agosto 2011, n. 17362.

19 C. App. Roma, Sez. I, 10 novembre 2008; Cass. civ., Sez. III, 9 maggio 2012, n. 7039; Cass. civ., Sez. I, 28 maggio 2014, n. 11904.

20 Cfr. C. OSTI, *Abuso di posizione dominante e danno risarcibile*, in *Danno e resp.*, 1996, 105.

La questione relativa alla ammissibilità che un provvedimento di una autorità amministrativa possa produrre effetti vincolanti nei giudizi civili è stato oggetto di analisi da parte degli interpreti, considerando l'attuale sistema interno in cui non si ammette un sindacato pieno da parte dell'autorità giurisdizionale sui provvedimenti delle autorità indipendenti: come noto, infatti, la giurisdizione amministrativa ammette un sindacato intrinseco di tipo debole su atti espressione di discrezionalità tecnica²¹.

L'orientamento giurisprudenziale in esame teso a ritenere non vincolante per il giudice il provvedimento dell'Antitrust sottolinea l'assenza di una natura giurisdizionale e la possibilità di impugnazione del provvedimento amministrativo.

Essendo una statuizione proveniente da soggetti particolarmente qualificati si ritiene sussista una presunzione di illiceità superabile mediante la sola prova contraria.

Deve evidenziarsi un orientamento prospettato in dottrina, tendente a distinguere le ipotesi di illecito antitrust con riguardo alla questione attinente ai rapporti tra giudizio civile e procedimento amministrativo. Infatti nelle ipotesi di intese restrittive della libertà di concorrenza e abuso di posizione dominante la normativa nazionale contenuta nella legge n. 287/1990 qualifica, rispettivamente agli artt. 2 e 3, nulle le prime e vietato ogni forma di abuso "da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante". È proprio dal suddetto divieto e dalla sanzione della nullità normativamente prevista che ne è discesa la considerazione secondo la quale i soggetti potenzialmente lesi possono direttamente adire l'autorità giurisdizionale, indipendentemente dall'esistenza di un provvedimento amministrativo che, nel caso di specie, sarebbe privo di alcuna portata innovativa; da qui la conclusione della non necessità di procedere a sospendere il giudizio in attesa dell'emanazione del provvedimento amministrativo²².

Trattasi di binari autonomi e paralleli anche in considerazione della diversità del giudizio espletato e dei differenti interessi di tutela: l'autorità nazionale, infatti, ha preminente cura del mercato, diversamente dal giudizio civile nel quale emergono posizioni soggettive privatistiche. Non opera l'istituto della sospensione necessaria del processo di cui all'art. 295 c.p.c. difettando uno dei requisiti, ovvero la necessaria e contemporanea presenza di distinti procedimenti giurisdizionali avendo l'autorità garante natura di pubblica amministrazione. Il giudice ha così piena libertà di valutazione potendo concordare o meno con la statuizione resa mediante apposito atto amministrativo²³.

21 Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2014, n. 6050, "Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità, e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti, margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante"; *"i provvedimenti dell'Autorità Garante sono sindacabili dal Giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al Giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità, coerenza (Sez. un. n. 8882 del 2005). Cfr. in tema, G. GRECO, L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo, in Riv. it.dir. pubb.com., 2016, 5, 999.*

22 Proteso a riconoscere efficacia di accertamento al provvedimento dell'Autorità garante che accerti una infrazione, cfr B. GILIBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno*, cit.

23 Cfr., G. GRIECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, cit.

Soluzione questa che si colloca in posizione contraria rispetto al sistema europeo: l'art. 9 della direttiva infatti, stabilisce che le decisioni delle autorità nazionali poste a garanzia della concorrenza vincolano il giudice chiamato a decidere sul risarcimento del danno, conformemente a quanto già previsto nel regolamento Ue n. 1 del 2003 ed in differenti ordinamenti nazionali²⁴.

La direttiva chiarisce che l'obiettivo è cercare di alleggerire l'onere della prova per il danneggiato nelle ipotesi delle azioni autonome dove l'accesso alla prova è particolarmente difficoltoso, rendendo vincolante per il giudice l'accertamento delle illecite compiute dall'AGCM. Viene così garantito un enorme vantaggio al privato che richiede il ristoro dei danni patiti potendo giovare di una prova rilevante.

Come anticipato, gli orientamenti maggioritari sia della dottrina che della giurisprudenza, hanno sempre optato per ritenere del tutto autonomi i sistemi di private e public enforcement, prospettando problemi di legittimità costituzionale discendenti dal recepimento della disposizione di cui all'art. 9 della direttiva essendo nel sistema nazionale concesso al giudice amministrativo non un sindacato pieno sui provvedimenti dell'authority ma un sindacato di tipo debole.

L'orientamento in esame argomentava altresì sulla non sussistenza di un obbligo in capo all'autorità giurisdizionale di conformarsi alla statuizione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato né tantomeno sussistevano addentellati normativi fondanti l'obbligo o la facoltà del giudice civile di adottare misure di sospensione del processo pendente in attesa dell'intervento della decisione amministrativa.

L'art. 15 della direttiva si occupa, altresì, dell'ipotesi di più azioni giudiziarie intentate da differenti parti danneggiate in relazione alla medesima violazione del diritto della concorrenza. La norma consente ai giudici nazionali di poter tener conto delle decisioni emesse in altri giudizi ed intentate da differenti danneggiati posti ad un altro livello della catena di distribuzione. Tale norma è in grado di favorire il raggiungimento di un duplice obiettivo: non solo garantire un risarcimento del danno adeguato ed evitare fenomeni di sovrarisarcimento ma, al contempo, evitare il contrasto tra differenti giudicati.

In ragione della sussistenza di asimmetrie informative che caratterizzano l'illecito antitrust la direttiva invita gli stati a non predisporre norme rigide che richiedano una allegazione dettagliata in capo all'attore di tutti i fatti relativi al proprio caso, con la specificazione di tutti gli elementi di prova²⁵, che potrebbero di fatto impedire la prospettazione di una richiesta di tutela, ammettendo quindi "che l'illecito antitrust si attinga in modo da pretendere per l'attore una indispensabile gradualità nella delineazione della fattispecie concreta della condotta"^{26, 27}.

24 Ci si riferisce all'art. 16 reg. Ue n. 1 del 2003 che statuisce che il giudice nazionale è vincolato dal provvedimento della Commissione Europea. Vincolo ed impossibilità di discostarsi da valutazione effettuate dalle autorità indipendenti sono previsti ad es nell'ordinamento tedesco ed inglese, dove i provvedimenti hanno una efficacia vincolante nei giudizi civili istaurati al fine dell'ottenimento del ristoro dei danni. Cfr., CASSINMIS-GALASSO, *Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tra Public e Private Enforcement*, in Bennacchio- Carpagnano (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Padova, 2012, 19.

25 Considerando n. 14 della Direttiva 104/2014.

26 M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in *Aida*, fasc. 1, 2015, 100

27 Ulteriore forma di agevolazione probatoria è contenuta nell'art. 17, co. 2, della direttiva con riferimento alle azioni di risarcimento del danno "da cartello", dove viene posta la presunzione che "le violazioni consistenti in cartelli causino danno".

2.1 *Segue: Le problematiche in tema di onere della prova.*

L'eterno problema che ha caratterizzato la responsabilità extracontrattuale da violazione delle regole della concorrenza è costituito dal regime probatorio, essendo particolarmente difficoltosa non solo la prova dell'antigiuridicità della condotta, in ragione della difficile individuazione delle prove, ma altresì la determinazione del *quantum* del pregiudizio sofferto²⁸.

La stessa Corte di Cassazione, sul punto, recentemente ha sottolineato il suddetto profilo evidenziando come risultino “particolarmente evidenti le difficoltà di allegazione e probatorie in cui versano i privati che agiscono in giudizio, a fronte di fatti complessi di natura economica (com'è quello del “mercato rilevante”) che spesso si trovano nella sfera del soggetto che ha posto in essere il presunto illecito”, un reperimento di prove reso particolarmente gravoso anche per gli alti costi “necessari per l'acquisizione degli elementi indispensabili per il compimento di indagini tecnico-economiche che difficilmente sono alla portata dei singoli, sia dalla necessità di confrontarsi con elementi controfattuali da comparare con ciò che è avvenuto nella realtà”²⁹.

La direttiva amplia il novero dei soggetti legittimati ad agire in giudizio per il risarcimento del danno e ciò induce ad una analisi, al fine di ben comprendere i profili problematici legati alla sussistenza della legittimazione ad agire, all'onere probatorio e all'area dei danni risarcibili.

Infatti per individuare correttamente la legittimazione attiva è bene tener presente gli scopi perseguiti dalla normativa antitrust. Un comportamento contrario alle regole in materia antitrust lede non solo il preminente interesse della concorrenza ma, altresì, coinvolge gli interessi di tutti i singoli soggetti che operano sul mercato, sia esso imprenditore, distributore o consumatore. La normativa anticoncorrenziale mira a garantire il corretto funzionamento del mercato. La direttiva, a tal fine, estende la platea dei legittimati a poter agire direttamente per il risarcimento dei danni, ricomprendendo ogni persona fisica o giuridica, consumatori, imprese e autorità pubbliche.

Nella giurisprudenza interna a fronte dell'originario orientamento che negava una azione diretta da parte del consumatore ai sensi dell'art. 33 l. n. 287/90 ammettendo la sola azione *ex art.* 2043 cod. civ.³⁰, determinante è stata la pronuncia delle Sezioni Unite del 2005³¹ che ha riconosciuto la legittimazione ad agire *ex art.* 33 l. 287/90 al fine di garantire una tutela piena dei consumatori, protagonisti di rilievo del mercato nonché i soggetti, in genere, maggiormente colpiti dalle condotte anticoncorrenziali; il consumatore, infatti, è protagonista attiva del mercato, capace anche, con le proprie scelte, di influenzare il suo andamento.

Il danno derivante da un comportamento contrario alla normativa posta a protezione e tutela della concorrenza si manifesta spesso nelle forme di un illecito escludente o

28 M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove, cit.*, evidenzia la grande difficoltà nella individuazione e raccolta del materiale probatorio dal momento che in genere è determinante la documentazione aziendale del soggetto o dei soggetti autori dell'illecito; difficile è, altresì, la prova del quantum del pregiudizio sofferto come accade nelle ipotesi di danno da cartello dove risulta normalmente microparcellizzato. Cfr CAVALLONE, *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problemi dell'istruzione probatoria*, in Dal Pozzo-Nascimbene (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, 31.

29 Cass., Sez. I, 4 giugno 2015, n. 11564.

30 Cass. civ., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Danno e resp.*, 2003, 390.

31 Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Giur.it.*, 2005, 11. Conforme la giurisprudenza successiva cfr., Cass. civ., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Corr. Giur.*, 2007, 641.

illecito di sfruttamento³², quale illecito plurioffensivo capace di danneggiare sia gli acquirenti diretti che indiretti. L'esempio tipico è rappresentato dal fenomeno cd. del passing on, che significa traslazione.

Ci si riferisce ai casi di illecito che si manifestano nella catena produttiva determinando un aumento di prezzo a danno dell'anello successivo ed inferiore della catena. In tale ipotesi il soggetto colpito dall'illecito è in grado di traslare il danno, in tutto o in parte, a carico di chi si trovi al livello sottostante³³, in quanto la condotta lesiva si colloca ad un livello iniziale o intermedio della catena produttiva o distributiva consentendo la propagazione degli effetti illeciti sui livelli successivi.

Il cd. passing on costituisce un fenomeno neutro nonché una caratteristica tipica del mercato, dal momento che sia gli effetti positivi che dannosi tendono a ripercuotersi dai livelli superiori a quelli inferiori, in ragione dell'intreccio tra processo produttivo e processo distributivo.

La direttiva recepisce il cd. passing on "difensivo" che consente all'autore dell'illecito di difendersi dalle pretese risarcitorie sulla base del trasferimento da parte dell'attore del sovrapprezzo lungo gli ulteriori anelli della catena di distribuzione, evitando il rischio di casi di ingiustificato arricchimento da parte di chi in concreto non abbia sofferto alcun tipo di danno.

In questi casi, ancora una volta, il legislatore europeo muove da un'ottica di un risarcimento del danno in funzione compensativa e non sanzionatoria: il ristoro deve coprire in modo pieno e totale il danno patito.

Precisamente la direttiva consente, proprio al fine di garantire un ristoro a chi abbia subito un sovrapprezzo, al convenuto, ovvero l'impresa che si riconosce abbia commesso la condotta anticoncorrenziale, di provare il trasferimento del sovrapprezzo, mediante l'eccezione del trasferimento, consentendo all'acquirente che di fatto ha subito la condotta anticoncorrenziale di agire contro il soggetto ritenuto responsabile dell'incremento del prezzo. La suddetta traslazione, una volta dimostrata, esclude il riconoscimento dei danni patiti.

A ben vedere un ulteriore danno potrebbe comunque configurarsi: basti pensare ad una riduzione del numero di vendite, cagionate proprio dal sovrapprezzo, la cui prova risulta anch'essa particolarmente complessa.

L'art. 14 della direttiva richiede, quindi, agli Stati membri di far gravare in capo all'attore l'onere della prova del passing on, in continuità con l'art. 13 della medesima direttiva che fa ricadere il rischio della mancata prova della traslazione del prezzo sul soggetto che invoca questa circostanza a proprio vantaggio.

Il rischio del fatto ignoto resta a carico del convenuto. Se la traslazione del danno è introdotta dal convenuto in funzione difensiva, l'onere della prova incombe sul danneggiante che è tenuto a dimostrare che l'attore ha scaricato a valle il sovrapprezzo sia esso in tutto o in parte.

Se è l'acquirente indiretto³⁴ a dolersi di aver sopportato il sovrapprezzo, che agisce

32 G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust*, cit.

33 Si immagini una intesa illecita posta in essere da produttori; l'impresa di distribuzione, che rappresenta un ulteriore anello della catena di distribuzione che la subisce, ha la possibilità di riversarla sul consumatore finale che chiude la filiera della produzione.

34 La stessa direttiva distingue tra acquirente diretto ed acquirente indiretto. Il primo è una persona fisica o giuridica che ha acquistato direttamente da un autore della violazione beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza; l'acquirente indiretto è la persona fisica o giuridica che ha acquistato non direttamente da un autore della violazione, ma da un acquirente diretto o da un acquirente successivo beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza, oppure beni o servizi che li incorporano

direttamente nei confronti del produttore, si presume la traslazione in presenza di tre circostanze: a) la prova di una infrazione; b) che l'acquirente diretto abbia sopportato un sovrapprezzo; c) che l'attore abbia acquistato i beni o i servizi oggetto del comportamento illecito. In tal caso il convenuto è tenuto a risarcire il danno senza necessità di ulteriori prove.

Si delinea così un sistema sbilanciato a favore del danneggiato, consumatore o impresa che sia, che consente al giudice in assenza della quantificazione del danno di determinarlo in via equitativa.

La difficoltà nelle suddette ipotesi consiste nel cercare di ricostruire il legame causale tra la condotta anticoncorrenziale e il danno subito con la prova della traslazione ai livelli successivi della catena di distribuzione³⁵.

La direttiva, comunque, fornisce una disciplina chiarificatrice che supera i problemi e i deficit di tutela che gli orientamenti giurisprudenziali predominanti avevano precedentemente comportato. Infatti sia la giurisprudenza dei paesi membri dell'unione che quella interna tendevano a favorire il soggetto danneggiante che fondasse la sua difesa sul fenomeno del passing on, facendo gravare l'onere della prova del mancato trasferimento del sovrapprezzo in capo all'acquirente diretto; il mancato soddisfacimento della prova determinava la negazione dell'anelato risarcimento del danno.

3 *La normativa di recepimento contenuta nel d.lgs. n. 3 del 2017.*

Mediante la delega contenuta nella legge di delegazione europea 2014 (l n. 114 del 9 luglio 2015) il Governo italiano ha emanato, in attuazione della direttiva 104/2014, il d.lgs. n. 3 del 2017³⁶ al fine di garantire un contrasto alle condotte anticoncorrenziali e favorire la prospettazione di azioni civili volte al risarcimento del danno.

Tale normativa è entrata in vigore una volta spirato il termine previsto per l'attuazione della direttiva, nonostante un *iter* legislativo privo di particolari ostacoli.³⁷

L'art. 19 contempla l'applicazione retroattiva delle norme contenute nel decreto per tutti "i giudizi di risarcimento del danno da violazione del diritto della concorrenza promossi successivamente al 26 dicembre 2014", ovvero dalla data di efficacia della direttiva; in particolare, la deroga al regime di irretroattività della legge concerne le sole disposizioni di natura processuale e non di natura sostanziale, quali ad es. le norme relative all'esibizione delle prove.

A fronte delle aspettative maturate soprattutto da parte della dottrina, per la quale il legislatore avrebbe potuto adottare misure di miglioramento del processo civile, la normativa nazionale sembra aver attuato un disegno di mero recepimento volto ad adeguare l'ordinamento nazionale senza sfruttare l'occasione per dar vita ad interventi innovativi³⁸.

Come emerso, delicate questioni si sono poste all'attenzione del legislatore, quali la struttura dell'*iter* della fase istruttoria e il ruolo delle autorità indipendenti³⁹ alla luce

o che derivano dagli stessi.

35 Cfr. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Merc. Conc.reg.*, 2009, 494 ss.

36 D. Lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, pubblicato In Gazzetta Ufficiale 19 gennaio 2017, n. 15.

37 Evidenzia la consuetudine del nostro sistema di non rispettare i termini di recepimento delle direttive, cfr P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 3, 2017, 991.

38 P. COMOGLIO, *op.cit.*

39 SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la*

del compito richiesto a ciascun Stato membro dal legislatore europeo volto a introdurre norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento del danno.

Il decreto consente a chiunque abbia subito un danno “a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese” di adire l'autorità giurisdizionale: il legislatore, innovando rispetto a quanto previsto dalla direttiva, ricomprende le azioni collettive di cui all'art. 140 *bis* cod. cons., limitandosi a specificare che anche la suddetta azione di classe risulta destinataria delle norme indicate, nel rispetto dei propri presupposti e limiti: ne deriva, ad es., che primaria condizione per la sua ammissibilità è la qualifica di consumatori in capo ai soggetti danneggiati⁴⁰.

L'art. 2 co.1 d.lgs. 3/2017 chiarisce che per diritto della concorrenza ci si riferisce alle disposizioni di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, alla normativa contenuta negli artt. 2, 3, e 4 della l.n. 287/90 e a tutte le disposizioni degli altri Stati membri conformi agli obiettivi di cui agli artt. 101 e 102 del Trattato. Non è mutata la configurazione dell'illecito, né il substrato della responsabilità risarcitoria dal momento che il decreto richiama i principi del codice civile, specificando, come stabilito dalla direttiva, l'assenza di qualunque forma di risarcimento punitivo.

Altrettanto innovativa risulta la disposizione dell'art. 18 del decreto legislativo in esame che attribuisce alla competenza esclusiva delle sezioni specializzate di Milano, Roma e Napoli tutte le controversie in materia di danno antitrust. Disposizione questa che ha sollevato perplessità per le possibili disparità di trattamento, alla luce della constatazione che non tutte le controversie in materia sono di rilevante entità, essendo molte di queste prospettate da singoli consumatori e di importi di esiguo valore.

Particolare attenzione è stata dedicata, come visto, dal legislatore europeo al problema relativo all'onere della prova e alla cd. divulgazione delle prove (art. 5 della direttiva). Il decreto interno di recepimento ha per lo più riprodotto il contenuto indicato, introducendo semplificazioni o nuovi strumenti istruttori. Sul punto l'art. 3 mitiga i requisiti dell'ordine di esibizione, consentendo al giudice di poter ordinare l'esibizione di singole prove o di “categorie di prove”, sulla base di una previsione di ragionevolezza ovvero che queste risultino nella disponibilità della controparte o di terzi, discostandosi quindi dalla più rigorosa disposizione contenuta nell'art. 210 c.p.c.⁴¹. Viene adottata una soluzione di compromesso e di coordinamento con la disciplina processuale interna: si richiede una istanza motivata, che indichi i fatti e le prove nella disponibilità della controparte, sufficienti a sostenere la plausibilità delle ragioni prospettate. In tal modo il legislatore supera le asimmetrie informative che connotano i rapporti controversi, si pone nell'ottica di agevolare e tutelare le parti attrici nel difficile compito di dimostrare la fondatezza della domanda dovendo risultare plausibile.

La norma ha destato perplessità in dottrina sotto il profilo linguistico in particolare nell'utilizzo del termine prove e categorie di prove: nel primo caso, è stata evidenziata da una certa corrente di pensiero la scarsa attenzione nella scelta lessicale allorquando più propriamente si sarebbe dovuto far riferimento esclusivo a “cose o documenti”; secondariamente, ulteriori problemi interpretativi derivano dall'utilizzo del termine di

proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano, in *Conc.e merc.*, 2014, 308.

40 G. VILLA, *L'attuazione della direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, in *Corr.giur.*, 2017, 4, 441; sul rilievo importante assunto dalle azioni di classe, cfr. A. BERNES, *La prova del danno e del nesso di causalità nell'azione risarcitoria derivante da “cartello” in seguito al recepimento della direttiva 2014/104/UE*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 3, 0954.

41 P.COMOGLIO, *note a una prima lettura del d. lgs. N. 3 del 2017*, cit

nuovo conio di “categorie di prove”⁴².

In caso di inottemperanza la direttiva lasciava liberi gli stati di determinare le sanzioni ritenute più idonee purché efficaci e dissuasive; il legislatore interno, si è mostrato particolarmente rigoroso, prevedendo sia sanzioni processuali (in caso di ingiustificata inottemperanza il giudice “valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce”, art. 6, co.6) che sanzioni amministrative pecuniarie.

Il diritto alla divulgazione ricomprende anche le prove raccolte nell’istruttoria compiuta da parte dell’autorità garante, con una disposizione che riprende del tutto il testo della direttiva. Un accesso alla prova di dubbia utilità dal momento che dirimente nella valutazione compiuta dall’autorità giurisdizionale sarà la presenza o meno del provvedimento sanzionatorio finale erogato dall’ autorità preposta.

Deve evidenziarsi che le disposizioni del decreto di cui agli artt. 4 e 5 distinguono tra documenti divulgabili, documenti divulgabili al termine del procedimento amministrativo e documenti non divulgabili che consentono al giudice di poter respingere “in tutto o in parte le domande e le eccezioni alle quali le prove si riferiscono” (art. 6, co. 7).

Come visto una delle previsioni di particolare rilievo contenuto nel corpo normativo della direttiva era rappresentata dall’ art. 9 nella parte in cui vincolava gli Stati a considerare quale accertamento definitivo della condotta illecita la decisione assunta da parte dell’autorità garanti nazionali.

L’ art. 7 del d. 2017 assegna al provvedimento definito dell’Authority valore di accertamento vincolante per il giudice civile sulla sussistenza della condotta illecita; contempla l’efficacia preclusiva ai provvedimenti sanzionatori non impugnati o confermati in sede amministrativa, limitatamente alla “natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale”.

La disposizione non chiarisce in modo esplicito la qualificazione giuridica del provvedimento sanzionatorio dell’autorità garante ovvero se costituisca giudicato o sola prova privilegiata. Una mancata chiarificazione che induce a propendere per una natura di atto di accertamento che costituisce comunque una significativa novità della disciplina normativa.

Il riconoscimento del valore vincolante del provvedimento dell’ AGCM ha determinato il riemergere della riflessione da parte della dottrina alla luce del pericolo di un mancato rispetto del principio costituzionale del giusto processo in ragione dei limiti riconosciuti all’autorità giurisdizionale amministrativa con riguardo al sindacato dei provvedimenti impugnati⁴³.

In tema di qualificazione del danno, laddove il legislatore europeo si era distinto per diversi profili innovativi⁴⁴, gli artt. 10 e seguenti riconoscono l’operatività della traslazione del danno: il convenuto può dimostrare, mediante eccezione, che l’attore non ha subito alcun danno per il trasferimento del sovrapprezzo, così come l’acquirente indiretto può agire contro il responsabile per ottenere la riparazione del danno subito per il trasferimento del sovrapprezzo⁴⁵.

42 P.COMOGLIO, *cit*, evidenzia l’ulteriore problema legato alla corretta individuazione dei limiti dell’esibizione delle prove in relazione alla valutazione effettuata dal giudice che tenga conto di una serie di parametri quali il costo dell’esibizione, la fondatezza della domanda e il carattere delle informazioni richieste.

43 G. VILLA, *L’attuazione della direttiva sul risarcimento del danno*, *cit*

44 In particolare, come evidenziato, la possibilità di quantificare il danno in via equitativa; la presunzione relativa per la quale un cartello produce un danno; l’ausilio delle autorità garanti nazionali per la corretta determinazione del danno patito.

45 Il decreto recepisce altresì un’ulteriore regola prevista dalla direttiva al fine di evitare un eventuale contrasto tra diverse azioni, intentate sia dall’ acquirente diretto che dall’acquirente indiretto; l’art. 134 consente, a tal fine, al giudice di tener conto di decisioni

Ai fini della valutazione del danno si richiama la normativa codicistica e precisamente gli artt. 1223, 1226, 1227 cod. civ. affidando al giudice la determinazione del ristoro mediante una valutazione equitativa⁴⁶; il giudice ha, altresì, per le ipotesi di particolare complessità, la possibilità di godere dell'ausilio dell'autorità per la corretta determinazione del danno antitrust, suscitando anche sotto tale profilo talune perplessità in dottrina dal momento che il coinvolgimento della suddetta autorità non verrebbe ad essere coinvolta nelle tipiche attività tecniche ma in una attività più propriamente giudiziale⁴⁷.

L'art. 8 si occupa di determinare anche il termine di prescrizione previsto nella durata di cinque anni, conformemente a quanto nel nostro sistema è previsto per la responsabilità extracontrattuale⁴⁸; in particolare, viene ripresa la disposizione della direttiva per la quale la prescrizione non inizia a decorrere prima che il comportamento illecito sia cessato o prima che il danneggiato sia a conoscenza del danno patito. Ricevono protezione così anche le fattispecie di danni cagionati da pratiche anticoncorrenziali scoperte a notevole distanza di tempo.

4 Conclusioni.

La normativa europea contenuta nella direttiva 104/2014 ha avuto il merito di aver approntato una disciplina dettagliata volta a garantire la tutela dei soggetti danneggiati da una condotta lesiva della disciplina antitrust. Le scelte effettuate però dal legislatore comunitario non sono andate esenti da valutazioni critiche da parte della dottrina.

In modo prudente il legislatore europeo si è preoccupato di promuovere la proposizione delle azioni risarcitorie, intervenendo con specifiche disposizioni incidenti sul versante processuale, pur tralasciando taluni aspetti quali, ad es., la tutela cautelare e le azioni di nullità⁴⁹. La direttiva, come visto, si concentra in particolare sul diritto alla prova, sul riparto dell'onere probatorio, sull'introduzione di un regime di semplificazione probatorio mediante l'istituto della presunzione, garantendo un più agevole accesso alle produzioni documentali nonché prevedendo finanche sanzioni per il mancato rispetto degli ordini di esibizione dell'autorità⁵⁰.

Il legislatore europeo conscio del carattere plurioffensivo dell'illecito ha ritenuto opportuno consentire a ciascun soggetto che reputi di essere stato danneggiato di poter agire in giudizio inducendo così una prima riflessione critica da parte di taluni interpreti, propensi a ritenere che l'ampia legittimazione attiva riconosciuta in capo a chiunque possa comportare un elevato costo sociale.

In quest'ottica una ulteriore lacuna viene rinvenuta nell'assenza di norme tese a

riguardanti soggetti posti ad un livello superiore della catena di distribuzione.

46 Evidenza come la maggior parte delle azioni di risarcimento per danno da illecito antitrust siano state decise mediante il criterio equitativo di cui all' art. 1226 cod. civ. o mediante valutazioni autonome o ricorrendo a consulenze. Cfr., M. CARPAGNANO, *Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 283.

47 P. COMOGLIO, cit.

48 In tema di prescrizione del diritto al risarcimento dei danni per violazione di norme antitrust si veda M. MINGIONE, *Prescrizione del diritto al risarcimento dei danni per violazione di norme antitrust*, in *Corriere giur.*, 2017, 3, 377.

49 M. DE CRISTOFARO, *Onere probatorio e disciplina delle prove*, cit.

50 M. DE CRISTOFARO, cit., per il quale la scelta di alleggerire il piano probatorio evidenzia una tendenza anche dell'ordinamento interno di fornire protezione a determinati interessi sostanziali, come accaduto nel processo del lavoro e nel settore della tutela del consumatore, laddove, ad es., è prevista la presunzione di vessatorietà di clausole non oggetto di contrattazione individuale (art. 33, co. 2 Cod. cons.), la presunzione di difettosità del prodotto in presenza di date circostanze (117 Cod. cons.) e la presunzione di non conformità del prodotto nel rispetto delle indicazioni dell'art 129 Cod. cons.

regolamentare l'azione di classe, il cui potenziamento avrebbe potuto comportare una concentrazione di giudizi e una riduzione dei costi⁵¹.

Il legislatore nazionale, come visto, ha proceduto in ritardo all'attuazione dell'obbligo di recepimento introducendo una normativa di grande rilievo nell'ottica di un maggior potenziamento della tutela dei singoli e dell'intero mercato.

Trattasi, dunque, di una normativa variegata e complessa che risulta innovativa nell'attuale sistema di tutele predisposto dall'ordinamento. Peculiari caratteristiche contraddistinguono l'intero *corpus* normativo che, al contempo, tralascia aspetti importanti, effettua talune scelte opinabili (si pensi alla competenza esclusiva), assume una portata chiarificatrice (ne costituisce espressione la previsione dell'estensione della disciplina a tutte le infrazioni indicate), limitandosi talvolta alla mera riproduzione delle scelte effettuate dal legislatore europeo. Il recente decreto, pertanto, è destinato ad essere oggetto di attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza soprattutto con riguardo a talune scelte di disciplina come quella riguardante il valore delle decisioni dell'Autorità Garante Nazionale.

51 G. PULEIO, *Il risarcimento, cit.*, evidenzia che si tratta di una assenza parziale, dal momento che sul punto l'Unione Europea è intervenuta con la Raccomandazione della commissione dell'11 giugno 2013 contenente i principi comuni per i ricorsi collettivi di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri relativamente a violazione di diritti conferiti dalle norme dell'unione.

Diritto Penale

1 Furto in abitazione e furto con strappo

a cura di Rossella Salerno

2 Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva sulla 26 tratta illegale di extracomunitari

a cura di Josè Criscuolo

" Furto in abitazione e furto con strappo "

Rossella Salerno

Avvocato

Abstract

In an attempt to accommodate the social petition with respect to particularly unpleasant criminal cases, new legislation and recent reforms, in Italy, have modified our codes and regulations hysterically and irregularly. The modus operandi adopted by legislators time after time – each one moved by political needs – has inevitably had a bearing on the structuring of our codes and regulations. A particular case that instantly shows the perceivable emergency and distress in legislators can be found, without a doubt, in the Article 624 bis c.p. recorded as “furto in abitazione e furto con strappo”. This article, which retraces the set of problems that have affected this particular case and split the moral tenets and body of laws, outlines the traits of our legislation after the “Orlando’s reform” and the latest verdicts about home theft.

Keywords: *Italian legislation – robbery – theft – burglary – purse – snatching –*

Novelle legislative, recenti riforme, nel tentativo di soddisfare l’istanza sociale rispetto a fattispecie criminali particolarmente odiose, hanno modificato i nostri codici, in maniera quasi isterica e scomposta. Il modus operandi adoperato di volta in volta dai legislatori – ognuno mosso da esigenze di carattere politico – ha inciso, inevitabilmente, sulla organicità dei nostri codici.

Una delle fattispecie in cui è immediatamente percepibile la frenesia emergenziale del legislatore è certamente l’art. 624 bis c.p. rubricato “furto in abitazione e furto con strappo”. Il contributo, ripercorrendo le problematiche che hanno interessato le fattispecie e che hanno spaccato, per più ragioni, sia la dottrina che la giurisprudenza, delinea i tratti della disciplina così come risultante alla luce della c.d. “riforma Orlando” e della recente sentenza a sezioni unite chiamate ad esprimersi in materia di furto in abitazione.

Parole chiave: *Furto in abitazione – furto con strappo – scippo – aggravante – fattispecie autonoma di reato – contrasto dottrinale – contrasto giuridico – tutela – privata dimora – domicilio – sfera privata – atti della vita privata – non accessibile a terzi – appartamento – esercizi commerciali – riforma Orlando –*

Premessa - 1. Inquadramento storico e sistematico. – 1.1. Natura giuridica degli istituti. - 1.2. Le modifiche delle c.d. “riforma Orlando”. - 2. Il furto in abitazione. - 2.1. L’intervento delle sezioni unite sulla nozione di “luoghi di privata dimora”. - 2.2. (Segue) Gli ulteriori elementi della fattispecie. - 3. Il furto con strappo. - 3.1. Criteri distintivi con il reato di rapina.

Premessa

Il presente contributo, che non ha pretese di esaustività, propone un’analisi dell’art. 624 bis c.p. con particolare riguardo all’ipotesi di furto in abitazione e ciò soprattutto in ragione del maggior rilievo delle problematiche sviluppatesi in relazione al primo dei due reati previsti.

Ed invero, al di là delle problematiche condivise da entrambe le fattispecie e legate alla evoluzione della loro natura giuridica, come si avrà modo di leggere, mentre poco spazio interpretativo è lasciato dalla lettera della norma in materia di furto con strappo, le questioni esegetiche relative al furto in abitazione hanno interessato finanche le sezioni unite della Cassazione chiamata, di recente, ad esprimersi sulla nozione di “luoghi di privata dimora” di cui all’art. 624 bis c.p.

1 Inquadramento storico e sistematico

L’art. 624 bis c.p., rubricato “furto in abitazione e furto con strappo” collocato dal legislatore tra il reato di furto, previsto dall’ art. 624 c.p., e le relative circostanze aggravanti, previste dal successivo art. 625 c.p., è stato introdotto nel nostro ordinamento con la legge 128 del 26 marzo 2001, c.d. “pacchetto sicurezza”.¹

Prima della riforma del 2001, entrambe le fattispecie, ora previste dall’art. 624 bis c.p., erano elencate tra le circostanze aggravanti speciali del vecchio art. 625 c.p.²

L’introduzione, dunque, di un nuovo articolo contenente fattispecie di reato già previste come circostanze aggravanti, trova la propria *ratio* nella necessità di dare una risposta, innanzitutto politica, a fenomeni furtivi invalsi e particolarmente odiosi.

Nell’originario d.d.l. n. 5925/2001 presentato dal Governo, infatti, si era anche pensato di rafforzare, rispettivamente, la tutela del domicilio e quella dell’incolumità personale, sradicando le citate aggravanti dal titolo sui delitti contro il patrimonio, per ricollocarle nel titolo immediatamente precedente dedicato ai delitti contro la persona.

Più specificamente, si era immaginato di inserire la nuova fattispecie in materia di furto con strappo nell’art. 628 c.p. sulla rapina³ e quella in materia di furto in abitazione in un nuovo art. 614 bis c.p. al fine di rafforzare la tutela del domicilio non tanto nella sua consistenza oggettiva, quanto nel suo essere proiezione spaziale della persona,

1 Tale riforma è titolata “Interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini” pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 91 del 19 aprile 2001.

2 L’art. 625 c.p. prevedeva, al numero 1, l’aggravante dell’essersi introdotto o trattenuto in un edificio o in un altro luogo destinato ad abitazione; al numero 4, l’aggravante dell’aver strappato la cosa di mano o di dosso alla persona.

3 Sul punto, Bacci, Commento all’art. 2, cit. , 387; Pagliaro, Principi di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio, Milano, 2003, 96

ciò ambito primario ed imprescindibile alla libera estrinsecazione della personalità individuale».

Orbene, pur soprassedendo rispetto a tale iniziale proposito, il Legislatore del 2001 ha comunque espunto dall'elenco dell'art. 625 c.p. le due circostanze aggravanti, e le ha conseguentemente introdotte in una nuova norma incriminatrice, appunto l'art. 624 bis c.p.

1.1 *Natura giuridica degli istituti*

Questa nuova previsione legislativa ha alimentato, nel tempo, accesi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali volti a disvelare la reale natura giuridica delle fattispecie di reato previste dall'articolo in commento. Da una parte, infatti, parte della dottrina e della giurisprudenza di merito ha con forza sostenuto la natura circostanziale del furto in abitazione e del furto con strappo⁴, dall'altra, a contrastare tale tesi, si è fatto largo un orientamento⁵, poi confermato dalla giurisprudenza di legittimità, a sostegno della natura autonoma delle fattispecie.

Lungi dall'essere una mera questione teorica, a tenere acceso il dibattito circa la natura giuridica delle fattispecie è sempre stata la ricaduta pratica derivante dall'affermazione dell'una o dell'altra tesi.

Ed invero, ritenere l'immanenza della natura circostanziale delle due condotte, oltre ad avere ripercussioni in tema di misure cautelari e di prescrizione, avrebbe significato lasciare inalterato il rischio della loro possibile neutralizzazione in seguito ad un eventuale giudizio di equivalenza o soccombenza nel bilanciamento con le circostanze eterogenee operato dal giudice in sede di commisurazione della pena ai sensi dell'art. 69 c.p.⁶ Al contrario, riconoscere la natura autonoma dei reati previsti dall'art. 624 bis c.p. significava proprio sottrarre a quel rischio.

La dottrina ed anche la prima giurisprudenza - specie quella di merito -, hanno sulle prime sostenuto con forza la natura circostanziale del furto in abitazione e del furto con strappo facendo fatica a distaccarsi da tale posizione. Ciò perché, anche per la tecnica redazionale scelta (il nuovo articolo è la *crasi* tra l'incipit dell'art. 624 c.p. e le aggravanti poi espunte dall'art. 625 c.p.) l'intervento del 2001 appariva del tutto superfluo rispetto a quanto originariamente contenuto nel codice.

Sciogliere il nodo gordiano ha richiesto del tempo, ma alla fine, attraverso un'interpretazione storica della *ratio legis*, nonché della *voluntas* del Legislatore - come si diceva - la giurisprudenza ha confermato l'autonomia delle nuove ipotesi di furto in abitazione e furto con strappo rispetto a quella dell'art. 624 c.p. stabilendo, inoltre, che alle stesse sono applicabili le circostanze aggravanti speciali di cui all'[art. 625](#)⁷.

1.2 *Le modifiche delle c.d. "riforma Orlando"*

Il Legislatore del 2017, con la Legge [23.6.2017, n. 103](#) (c.d. riforma Orlando), seguendo una logica emergenziale e con priorità suggestiva, tra gli altri interventi, ha modificato il trattamento sanzionatorio avuto riguardo ai reati di furto, rapina, estorsione e scambio

4 Mannucci, *Il nuovo art. 624 bis cod. pen. è un vero reato autonomo?*, in [www.penale.it](#), 2001

5 Fiandaca, Musco, *PS*, II - 2, 76

6 In tal senso: G. Amarelli - Furto in abitazione e furto con strappo.

7 Ex multis [Cass., Sez. IV, 14.10.2009](#); [Cass., Sez. IV, 19.9.2006](#); [Cass., Sez. IV, 21.12.2004](#); [Cass., Sez. IV, 16.1.2003](#) e [Cass., Sez. V, 5.11.2002](#).

elettorale politico- mafioso.

Per quel che qui interessa, in tema di furto in abitazione e furto con strappo la riforma ha innalzato le pene previste sia per le ipotesi base di reato, sia per il caso in cui ricorra una delle circostanze aggravanti previste dall'[art. 625, comma 1](#) o dall'[art. 61](#) c.p. riducendo, di fatto, l'ambito discrezionale in cui il giudicante è chiamato a muoversi in punto di dosimetria della pena.

Più specificamente, se prima le ipotesi semplici di furto in abitazione e di furto con strappo - previste rispettivamente ai commi 1 e 2 dell'articolo in commento - erano punite con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 309 a euro 1.032, con la vigente normativa il minimo edittale della reclusione è stato innalzato a tre anni, mentre la multa prevista attualmente va da euro 927 a euro 1.500.

Analoghi aumenti sono stati previsti per le ipotesi aggravate (sia dall'art. 61 c.p. che dall'art. 625 c.p.) di cui al terzo comma. Ed invero, se prima la pena della reclusione andava da tre a dieci anni e la multa da euro 206 a euro 1.549, la pena introdotta dalla c.d. riforma Orlando è della reclusione da quattro a dieci anni e della multa da euro 927 a euro 2.000.

Nel tentativo di offrire una tutela *rafforzata* ai beni giuridici protetti, la recente riforma, ha poi introdotto un nuovo comma, il 3 bis, con il quale - conformemente a quanto previsto dall'ultimo comma dell'art. 628 c.p. introdotto con legge 94/2009 - si è previsto che «le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 625-bis, concorrenti con una o più delle circostanze aggravanti di cui all'articolo 625, non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a queste e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti».

Il Legislatore ha così statuito un divieto di equivalenza e prevalenza delle sole aggravanti di cui al 625 c.p.⁸ con le attenuanti, sottraendole all'ordinario regime di bilanciamento tra circostanze di segno opposto, ponendo così un incisivo (forse estremo) limite alle diminuzioni di pena per le attenuanti, che potranno essere operate solo sulla quantità di questa risultante dall'aumento conseguente alle aggravanti previste all'[art. 625](#) c.p.

La parte della riforma che interessa l'art. 624 bis c.p., che desta più curiosità, però, la si rinviene nel codice di rito.

Ed infatti, la c.d. riforma Orlando, modificando anche l'art. 408 c.p.p., ha introdotto per le ipotesi di cui all'art. 624 bis c.p., alla stregua di quanto previsto per i delitti commessi con violenza alla persona, da una parte, l'avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione avanzata dal p.m. anche quando non ne abbia fatto espressa richiesta, dall'altra, l'estensione fino a trenta giorni dei termini per opporsi alla medesima richiesta.

Questa maggior tutela si apre a due diverse interpretazioni sulla *ratio* ad essa sottesa.

Ed invero, se, da un lato, si può ritenere che sia proprio la modifica dell'art. 408 c.p.p. a disvelare la volontà del legislatore, intesa come intenzione cosciente di creare un legame tra i delitti di furto in abitazione e con strappo e i delitti contro la persona, come proposto già dal citato d.d.l. n. 5925/2001, dall'altro, è sostenibile che, animato da interessi strettamente politici, il legislatore abbia provato a dar risposta ad esigenze

⁸ Le circostanze elencate nella norma sono aggravanti speciali a effetto speciale, sottoposte inoltre, in caso di concorso, a un regime autonomo rispetto a quello ordinario fissato dall'[art. 63](#); devono altresì considerarsi oggettive e, non rientrando in quelle elencate nell'[art. 118](#) sono estensibili ai compartecipi. Infine, essendo circostanze relative alla condotta dell'agente, esse presuppongono l'intervento del dolo, dovendo l'agente rappresentarsi tutti gli elementi oggettivi costitutivi della singola circostanza.

pubbliche di maggior tutela, ignorando o, comunque, sottovalutando la sistematicità del nostro ordinamento e la *ratio* sottesa alle modifiche precedentemente operate.

2 *Il furto in abitazione*

Il primo comma dell'art. 624 bis c.p. prevede che sia punito chiunque si impossessi della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, mediante introduzione in un edificio o in altro luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora o nelle pertinenze di essa.

Rispetto a tale previsione è immediatamente percepibile che, innanzitutto, l'articolo nella sua prima parte ricalca esattamente quanto previsto all'art. 624 c.p. per il furto - e da qui tutte le perplessità cui si è già fatto riferimento - in secondo luogo, pur essendo rubricata "furto in abitazione", nella sua ultima parte fa riferimento, più genericamente, a luoghi di "privata dimora".

È chiaro, quindi, che con riferimento a quest'ultimo aspetto il Legislatore abbia inteso tutelare non solo l'abitazione in senso stretto, ma tutti quei luoghi in cui, anche in maniera contingente, si svolgano atti di vita privata, senza però offrire ulteriori e più precise coordinate interpretative.

Tale indeterminatezza è stata, quindi, terra fertile per il proliferarsi di numerose sentenze di legittimità con le quali, di volta in volta, il Supremo Consesso, ha tentato di delineare i profili del concetto di privata dimora.

Come spesso accade, però, il susseguirsi di pronunce di legittimità ha dato origine ad un contrasto giurisprudenziale che ha finito per investire di recente le sezioni unite.

Ed invero, la produzione giurisprudenziale sviluppatasi sul punto nel periodo immediatamente successivo all'introduzione della norma aveva attribuito veste di privata dimora ad ogni luogo, non pubblico, utile all'esplicazione di attività culturali, professionali e politiche. Vi rientravano, quindi, anche a spogliatoi di ristoranti⁹, sagrestie,¹⁰ studi professionali, esercizi commerciali, stabilimenti industriali, poiché «nella nozione di luogo di privata dimora, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 624 bis c.p. (analogamente a quanto si verifica con riguardo al reato di violazione di domicilio di cui [all'art. 614 c.p.](#)), devono ricomprendersi tutti quei luoghi nei quali le persone si trattengano per compiere, anche in modo transitorio e contingente, atti della loro vita privata».¹¹

Quasi come reazione ad un'interpretazione tanto estensiva, si era, poi, sviluppato un orientamento più restrittivo che aveva espunto dall'elenco - ideale e certamente non tassativo - che la giurisprudenza di legittimità, di volta in volta, aveva compilato, tutti quei luoghi nei quali è consentito l'accesso al pubblico, tranne i locali annessi o accessori nei quali l'ingresso è inibito senza autorizzazione del titolare¹².

Come è intuibile, non sono mancati orientamenti *intermedi* con i quali si è provato, da una parte, a sottolineare l'accessibilità al luogo in concreto¹³, avuto riguardo quindi al

9 Cass. pen. Sez. IV, 26/02/2003, n. 18810 (rv. 224568)

10 Cass. pen. Sez. IV Sent., 30/09/2008, n. 40245 (rv. 241331)

11 Cass. pen. Sez. IV, 17/09/2003, n. 43671

12 Cass. pen. Sez. VI, 08/05/2012, n. 18200 (rv. 252647) - Cass. pen. Sez. II, 28/09/2012, n. 39134 (rv. 253451) con le quali si è escluso che un negozio o, comunque, un esercizio commerciale quale ad esempio un supermercato potesse ritenersi luogo destinato in tutto o in parte a privata dimora; ed anche: Cass. pen. Sez. IV, 13/11/2014, n. 51749 (rv. 261577).

13 Cass. pen. Sez. V, 29/01/2016, n. 23641 (rv. 266913) con la quale si è escluso che la sagrestia fosse un luogo di privata dimora, trattandosi di luogo frequentato da un numero indeterminato di persone e non destinato allo svolgimento di atti della vita privata.

momento consumativo (se, cioè, l'azione sia stata posta in essere in orario di apertura o di chiusura di un esercizio commerciale)¹⁴, dall'altro, ad escludere che potesse parlarsi di privata dimora con riferimento a tutti quei luoghi in cui il soggetto si trovi solo transitoriamente e occasionalmente¹⁵.

2.1 *L'intervento delle sezioni unite sulla nozione di "luoghi di privata dimora"*

Il contrasto giurisprudenziale così emerso ha trovato soluzione - come si diceva -, di recente, con la sentenza a sezioni unite n. 31345 del 23 marzo 2017.

La questione di diritto posta dalla sezione rimettente, invero, era «Se sia configurabile il reato di cui all'art. 624-bis cod.pen. quando l'azione delittuosa venga posta in essere in esercizi commerciali, studi professionali, stabilimenti industriali e, in generale, in luoghi di lavoro, segnatamente qualora la condotta sia ivi posta in essere in orario di chiusura al pubblico della sede lavorativa e, in particolare nell'ipotesi di assenza di persone dedite ad una qualche attività o mansione all'interno di tali luoghi in detti orari».

Dopo aver ripercorso i momenti salienti delle teorie interpretative a confronto, il Collegio ha ricercato la soluzione nella valorizzazione del dato letterale e dell'interpretazione sistematica della norma, nonché della *ratio* della stessa.

Innanzitutto, pur dando atto che la nozione di privata dimora è più ampia di quella di abitazione, in sentenza si è sottolineata l'arbitrarietà di un'interpretazione estensiva che non tenesse conto della lettera della norma, con particolare riguardo alla rubrica dell'art. 624 bis c.p., la quale esprime la volontà del legislatore in maniera inequivocabile.

In negativo, quindi, rivalutando il dato sistematico, si è stabilito che «il luogo destinato a privata dimora debba avere determinate "caratteristiche", che non possono essere certamente quelle del mero svolgimento in esso di atti della vita privata». In positivo, invece, la *ratio* della norma consente di far rientrare tra i luoghi di cui all'art. 624 bis c.p. solo quei «luoghi che abbiano le stesse caratteristiche dell'abitazione, in termini di riservatezza e, conseguentemente di non accessibilità, da parte di terzi, senza il consenso dell'avente diritto».

In definitiva, le sezioni unite, quindi, hanno affermato il principio di diritto secondo cui: «ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 624-bis cod. pen., i luoghi di lavoro non rientrano nella nozione di privata dimora, salvo che il fatto sia avvenuto all'interno di un'area riservata alla sfera privata della persona offesa. Rientrano nella nozione di privata dimora di cui all'art. 624-bis cod. pen. esclusivamente i luoghi, anche destinati ad attività lavorativa o professionale, nei quali si svolgano non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare».

2.2 *(segue) Gli ulteriori elementi della fattispecie*

Con maggiore consapevolezza di cosa debba intendersi per luoghi di privata dimora, appare ora doveroso analizzare gli ulteriori aspetti della fattispecie.

14 Sul punto, ad esempio, Cass. pen. Sez. IV, 26/01/2016, n. 12256 (rv. 266701) o anche Cass. pen. Sez. II, 20/05/2016, n. 23981 (rv. 267204) con la quale la S.C. ha escluso l'aggravante in relazione ad una rapina commessa all'interno di un supermercato durante l'orario di chiusura, nel quale, al momento del fatto, si trovavano due commessi ed un cliente.

15 Sent. Sez. U. num.31345/2017

Quanto ai beni giuridici protetti, la norma tutela contemporaneamente il domicilio e il patrimonio. Ai fini della configurabilità del reato di furto in abitazione è necessario che fra l'ingresso nell'abitazione e l'impossessamento della cosa mobile (che rappresenta l'elemento oggettivo della norma) sussista un nesso finalistico - e non un mero collegamento occasionale -, in quanto il nuovo testo dell'art. 624 bis cod. pen., novellato dall'art. 2, comma secondo, della legge n. 128 del 2001, pur ampliando l'area della punibilità in riferimento ai luoghi di commissione del reato, non ha, invece, innovato in ordine alla strumentalità dell'introduzione nell'edificio, quale mezzo al fine di commettere il reato, già preteso dalla previgente normativa (art. 625, comma primo, n. 1, cod. pen.).¹⁶

Per quanto attiene, invece all'elemento psicologico del reato, oltre al dolo specifico del furto - ovverossia il fine di trarre un profitto -, la giurisprudenza di legittimità formatasi nel tempo, ha ritenuto sufficiente che il soggetto agente si rappresenti il luogo in cui si introduce, come privata dimora, ossia come luogo idoneo a consentire lo svolgimento di attività inerenti alla sfera privata di determinate persone, indipendentemente dalla presenza fisica delle persone stesse al suo interno e dalla consapevolezza di detta presenza¹⁷. Tale principio, pur essendo stato espresso in un momento antecedente alla sentenza a sezioni unite, non contrasta in alcun modo con il suo *dictum*, pertanto deve ritenersi ancora valido e attuale.

2.3 *Il furto con strappo*

Il secondo comma dell'art. 624 bis c.p. punisce allo stesso modo di chi realizzi un furto in abitazione "chi si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, strappandola di mano o di dosso alla persona".

Riprendendo, quindi, la tecnica redazionale del primo comma della medesima previsione e, a ritroso, dell'art. 624 c.p., il Legislatore del 2001 introduce - per così dire - la fattispecie del furto con strappo.

Come diffusamente anticipato, il furto con strappo non è una novità assoluta della novella del 2001, originariamente, infatti, rientrava nel novero delle aggravanti speciali ad effetto speciale previste all'art. 625 c.p.

Analogamente a quanto verificatosi per il delitto di furto in abitazione, quindi, anche con riferimento all'ipotesi di furto con strappo si è pervenuti a fatica ad attribuirgli veste di fattispecie autonoma di reato.

Al di là delle questioni legate alla natura giuridica dell'istituto, già affrontate e risolte dalla giurisprudenza di legittimità, però, va osservato come questa ipotesi si sia rivelata nel tempo, dal punto di vista interpretativo, meno problematica di quella di cui al primo comma.

La norma, che tutela il possesso e la mera detenzione di un bene, sin da quando era prevista dal nostro codice come *mera* aggravante, è stata più volte oggetto di interpretazione della Corte nomofilattica. Questa, nel ridefinire i profili della fattispecie, è sempre stata coerente nel ritenere che a caratterizzare il furto con strappo - anche detto *scippo* - fosse il fatto materiale del reato, inteso come violenza estrinsecata dall'autore direttamente sulla *res* e solo indirettamente verso il derubato.

¹⁶ Cass. pen. Sez. V, 01/04/2014, n. 21293 (rv. 260225)

¹⁷ Cass. pen. Sez. II, 26/05/2015, n. 24763 (rv. 264284)

Tale orientamento, come si diceva, si è andato consolidando nel tempo, affermandosi anche in epoca successiva alle modifiche del 2001 che hanno reso la fattispecie “autonoma”.

Quanto all’elemento soggettivo, così per il furto in abitazione, è, chiaramente, richiesto il dolo specifico, ovverossia la consapevolezza di impossessarsi di una cosa altrui strappandola di dosso o di mano a chi la detiene al fine di trarne profitto per sé o per altri.

3 *Criteria distintivi con il reato di rapina*

Quasi tutta la produzione giurisprudenziale rinvenibile in relazione al delitto in questione, si è andata sviluppando attorno alla definizione degli elementi differenziali fra questo e il delitto di rapina propria.

Orbene, non vi è mai stata alcuna inversione di tendenza della Suprema Corte, che in maniera netta e costante ha stabilito che, mentre nella rapina la violenza (fisica o psichica) viene esercitata sulla persona, nello *scippo* la violenza viene esercitata sulle cose.

Sul punto, una recentissima sentenza, nel ribadire con vigore che, perché si tratti di furto con strappo, la condotta di violenza deve essere immediatamente rivolta verso la cosa e solo in via del tutto indiretta verso la persona che la detiene, ha offerto un’ulteriore sfumatura utile a caratterizzare l’istituto in commento specificando che, qualora la *res* sia particolarmente aderente al corpo del possessore e la violenza si estenda necessariamente alla persona, dovendo il soggetto attivo vincerne la resistenza e non solo superare la forza di coesione inerente alla normale relazione fisica fra il possessore e la cosa sottratta, non si configura il delitto previsto dall’art. 624 bis, ma quello di cui all’art. 628 c.p.¹⁸ È chiaro quindi l’ulteriore limite di applicabilità della norma.

18 Cass. pen. Sez. II, Sent., (ud. 24-05-2017) 15-06-2017, n. 29851

" Mercanti di morte o scafisti per necessità? Una diversa prospettiva sulla 26 tratta illegale di extracomunitari. "

Josè Criscuolo

*(Vincitore del concorso in magistratura ordinaria indetto con D.M. 22/10/15,
in attesa di decreto di nomina a M.O.T.)*

NOTA A MARGINE DI TRIB. PALERMO, SEZ. GUP, 7 SETTEMBRE 2016

Abstract

"This contribution arises from the analysis of an interesting court ruling, which excluded the criminal liability of people who have played the role of smugglers during an illegal immigrant transportation/ transportation of immigrants on Italian territory.

Starting from a decision upon a question of fact described, that is the acquittal of the defendants with such a reasonable doubt as to the existence of the cause of justification as per article 54 c.p., the contribution is aimed to the most general objective of providing a concise legal framework for the state of necessity in criminal law, taking into account the various interpretative reconstructions that have arisen in that regard.

The elaborate, in particular, focuses on the controversial figure of coercion, in order to demonstrate the validity of arguments contrary to the dominant ideological thesis which brings back the figure within the realm of the causes of justification.

Keywords: State of necessity – Concept of unaccountability – Smugglers – Illegal immigration –

Il presente contributo trae origine dall'analisi di una interessante pronuncia di merito, che ha escluso la responsabilità penale dei soggetti che hanno rivestito il ruolo di scafisti in occasione di un trasporto illegale di immigrati clandestini sul territorio italiano.

Partendo dall'esito giudiziale della vicenda descritta, ossia l'assoluzione degli imputati stante un ragionevole dubbio sull'esistenza della scriminante di cui all'art. 54 c.p., il contributo si pone il più generale obiettivo di fornire un sintetico inquadramento giuridico dello stato di necessità nel diritto penale, dando conto delle diverse ricostruzioni interpretative emerse sul punto.

L'elaborato, in particolare, si sofferma sulla controversa figura della coazione morale, onde evidenziare la validità delle obiezioni mosse alla dominante tesi che sussume l'istituto tra le cause di giustificazione.

Parole chiave: Stato di necessità – Principio di inesigibilità – Scafisti – Immigrazione clandestina –

Trib. Palermo, sez. Gup, 7 settembre 2016

Est. Gup Modica

(Omissis)

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Preliminare all'esame del capo d'imputazione relativo all'omicidio, è (come vedremo in seguito) l'analisi del capo A) di imputazione riguardante il trasporto illecito di soggetti extracomunitari in territorio italiano.

Per la descrizione dei fatti si fa rinvio ai capi di imputazione di cui alla richiesta di rinvio a giudizio, non senza avere fatto notare sin da subito che:

la condotta contestata dalla Procura della Repubblica consiste nell'aver "dapprima promosso ed organizzato e successivamente effettuato il trasporto" in questione;

lo sbarco per cui si procede avveniva in contemporanea con altri sbarchi per i quali è stato aperto separato procedimento, difettando in questi ultimi l'evento morte di alcuni dei soggetti extracomunitari trasportati; agli atti di questo procedimento, tuttavia, vi sono ancora innumerevoli documenti relativi a questi differenti trasporti di immigrati e la circostanza, come vedremo, rileverà per quanto si dirà in seguito.

Va ritenuta la giurisdizione italiana, atteso che, come anche recentemente chiarito dalla Suprema Corte di legittimità (Cassazione Sez. 1, Sentenza n. 18354 del 11/03/2014 Cc.) "In tema di immigrazione clandestina, la giurisdizione nazionale è configurabile anche nel caso in cui il trasporto dei migranti, avvenuto in violazione dell'art. 12 del D.Lgs. n. 286 del 1998 a bordo di una imbarcazione (nella specie, un gommone con oltre cento persone a bordo) priva di bandiera e, quindi, non appartenente ad alcuno Stato, secondo la previsione dell'art. 110 della Convenzione di Montego Bay delle Nazioni Unite sul diritto del mare, sia stato accertato in acque extraterritoriali ma, successivamente, nelle acque interne e sul territorio nazionale si siano verificati quale evento del reato l'ingresso e lo sbarco dei cittadini extracomunitari per l'intervento dei soccorritori, quale esito previsto e voluto a causa delle condizioni del natante, dell'eccessivo carico e delle condizioni del mare"

La giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana sussiste anche con riferimento all'ulteriore reato contestato in forza della stretta connessione di quest'ultimo col primo (cfr. Cassazione, sezione I, n. 325 del 20.11.01).

La tesi accusatoria si basa sulle dichiarazioni rese da 5 soggetti, tre sentiti a s.i.t. (un marocchino - Said - e due extracomunitari di provenienza centroafricana - Oppong ed Alpha) e gli altri due (marocchini) con incidente probatorio (Morchid e Cerraqui), dopo che gli stessi erano già stati auditi due volte dagli inquirenti.

Tutti e cinque i dichiaranti individuano, con apposito riconoscimento fotografico, nel Sxxx. il conducente del gommone e (ad eccezione di Oppong) nel Bxxx. l'aiutante addetto alla bussola.

Le dichiarazioni sul punto sono chiare e concordanti e, quanto meno limitatamente alla circostanza materiale che a guidare la barca fosse il Sxxx., vanno considerate attendibili.

Gli imputati dal canto loro si difendono o dichiarando di essere stati costretti da uomini armati libici a porsi alla guida della imbarcazione (Sxxx.) o negando e sminuendo il proprio contributo causale nella conduzione della stessa (Bxxx.).

In particolare, Sxxx., in sede di esame davanti al G.U.P. ed ancor prima durante l'interrogatorio reso davanti al P.M. dopo l'avviso ex art. 415 bis c.p.p., riferiva di essere stato sequestrato (in un luogo chiuso) da alcuni libici armati, assieme ad altri due soggetti (di nome Siriky e Senekee, poi trasportati anch'essi nel gommone in questione) e di essere stato poi costretto con la violenza fisica (calci) e dietro minaccia armata di morte a mettersi alla guida di un natante pieno di extracomunitari.

Esattamente , due soggetti libici armati salivano inizialmente a bordo dopo avere acceso il motore; quindi, dopo un breve tratto, lasciavano la guida all'imputato , intimandogli di proseguire nella rotta e minacciandolo di morte in caso contrario.

L'imputato precisava che erano stati i libici a decidere chi doveva salire e dove posizionarsi all'interno della imbarcazione ed, più in generale, ad organizzare ogni dettaglio in merito al viaggio; che costoro profferivano gravi minacce ed usavano violenze fisiche (calci e pugni) nei confronti di un po' tutti i passeggeri; che non aveva avuto nessun contatto o scambio di battute (al di fuori di quello teste detto) coi libici, coi quali non vi era stato alcuno scambio di colloqui telefonici né prima né durante il viaggio; che viceversa vi erano stati, prima della partenza, dei dialoghi in lingua araba tra i marocchini anzidetti (i 3 dichiaranti) ed i libici; che, proprio per questo motivo e per il loro modo di porsi, egli nutriva del timore nei confronti dei magrebini, sospettando che fossero stati ivi collocati dai libici al fine di controllare le sue mosse; che le indicazioni sulla rotta sulla scorta di una bussola gli venivano fornite non già dal Bxxx. (che si era limitato occasionalmente a fare da interprete), ma dai tre marocchini sentiti durante le indagini preliminari ; che non era stato pagato per compiere il viaggio quale conducente.

Già in sede di interrogatorio di garanzia (v. verbale di convalida del fermo) , Sxxx. affermava che era stato un libico ad occuparsi di caricare il gommone (pag. 19).

Bxxx., oltre a confermare le minacce armate subite dal Sxxx. e lo stato di costrizione e forte preoccupazione e paura ingeneratosi in quest'ultimo ("ci hanno puntato le armi ed hanno minacciato il comandante di guidare. Erano dei libici con dei fucili..... Un libico accese il motore del gommone , aveva armi, vi erano due libici sulla barca ed erano armati. Dopo che il libico ha acceso la barca è rimasto con noi fino ad un certo punto e poi si è tuffato in mezzo al mare... ": v. esame dell'imputato in udienza preliminare, nonché, nello stesso senso, dichiarazioni spontanee rese in sede di incidente probatorio), negava di avere preso accordi prima del viaggio col Sxxx. ("l'ho visto per la prima volta sulla barca") e di essere stato il cd. "compass man " o di avere in qualche modo cooperato nella conduzione del mezzo ("quando sono arrivato la barca era già in acqua": cfr. esame), ribadendo che erano stati piuttosto i tre marocchini a tenere la bussola ed a dare indicazioni sulla rotta al Sxxx., a dialogare (in arabo, lingua che lui non conosce) coi libici, a chiamare i soccorsi con un loro telefonino cellulare ; aggiungeva di avere pagato per il viaggio 800 euro, esattamente come tutti gli altri passeggeri; ribadiva che era stato Sxxx. a condurre la barca.

Va detto che sin dall'interrogatorio di garanzia l'imputato dichiarava "questo viaggio è stato organizzato dai libici, non da persone di colore"; alla domanda "se ha avuto modo di vedere prima dell'imbarco o anche successivamente persone armate", rispondeva "sì, c'erano persone con pistole e mitra, grosse armi" (pag. 15).

Si tratta a questo punto di verificare se la versione fornita dagli imputati e da Sxxx. in special modo (tesi che sostanzia fundamentalmente la ricorrenza di una causa di giustificazione : lo stato di necessità) trova un qualche fondamento nelle emergenze probatorie (in primis nelle dichiarazioni testimoniali anzidette), tenuto conto che , come è noto, il codice di rito (all'art. 530, comma III, c.p.p.) ritiene sufficiente , a fini assolutori, anche la ricorrenza di un fondato dubbio sulla esistenza di una causa di giustificazione.

Ebbene, un dato emerge con chiarezza da tutte le acquisizioni testimoniali: tutti i dichiaranti parlano del ruolo assolutamente preponderante, anzi esclusivo, nella organizzazione del viaggio assunto da alcuni libici armati.

Tutti e tre i magrebini riferiscono che l'organizzatore del viaggio era un libico di nome (rectius soprannome) Hary, unanimemente individuato quale il soggetto al quale veniva versato il compenso in danaro per il viaggio.

Morchid nella specie parla di 8 uomini armati, talmente minacciosi e poco rassicuranti che egli aveva ritenuto opportuno abbassare gli occhi per la paura (una paura che dirà essere fortissima, pag. 14 dell'incidente probatorio).

Più precisamente tali libici li minacciavano di morte se non fossero saliti con velocità sulla imbarcazione (pag. 14 e 40).

Erano loro che decidevano come distribuire all'interno del mezzo navale i passeggeri ed i marocchini in specie (pag. 44); era l'organizzatore summenzionato che accendeva il motore (pag. 45: a pagina 24 però era stato detto che vi provvedeva il Sxxx.); erano gli uomini armati che chiedevano all'aiutante del capitano di chiamarli dopo alcune ore in caso di necessità di soccorso (pag. 49)

I due imputati appaiono essere soggetti si improvvisati quali responsabili della guida del mezzo navale che Morchid affermava di non avere notato la loro presenza nella prima fase delle operazioni di imbarco (pag. 19).

Dal canto suo Cerraqui riferiva di 4 persone libiche armate, le quali decidevano chi fare accedere sul natante e come i passeggeri andavano distribuiti (pag. 72 e 74 dell'incidente probatorio); due di esse salivano a bordo (Morchid aveva escluso questa circostanza), accendevano il motore e, dopo un breve tratto, prendevano per la mano il Sxxx. e lo ponevano al comando del motore, gettandosi , quindi, in acqua (pag. 75).

Il testimone affermava, inoltre, che tra gli imputati (l'aiutante in particolare) ed i libici (Hary compreso) non vi era stata alcuna forma di dialogo o comunicazione , nemmeno a gesti (pag. 79 e 80/81); che anche fra i due imputati non era intercorso alcuno scambio di battute sulla conduzione del gommone o su altri argomenti (solo dei gesti; pag. 84).

Conferme sulla presenza di soggetti armati libici al porto di partenza e sul loro ruolo esclusivo di organizzatori e preparatori del viaggio e del gommone provengono anche dal terzo marocchino (Said) e da Alpha, mentre Oppong (analogamente ad Alpha) ribadisce di avere corrisposto il proprio compenso in denaro ad un libico.

Alla domanda “Durante il viaggio c'era fra voi qualche uomo di fiducia del libico che ha preso i soldi?”, Oppong rispondeva significativamente “il Nord africano ha preso contatti con due ragazzi che erano fra noi; ad uno di questi, cioè ad un Nord africano [verosimilmente un marocchino, atteso che tutti gli altri componenti del gommone, compresi i due imputati, erano di carnagione scura: n.d.r.], il libico ha dato un telefono Motorola di colore nero; l'altro si è invece posto alla guida del natante”.

Quindi il dichiarante riconosceva in Sxxx. l'uomo postosi alla guida del natante ed nel testimone Cerraqui colui che intratteneva conversazioni telefoniche con il libico anzidetto (“Voglio precisare che il numero 1 – [Cerraqui esattamente: n.d.r.] ha chiamato diverse volte il libico in questione , perché il gommone imbarcava acqua”)

Come si vede, il quadro generale della versione resa dal Sxxx. è stato confermato dai testimoni, i quali tutti hanno fornito un solido riscontro circa il ruolo esclusivo nella organizzazione del viaggio svolto da alcuni uomini armati libici, i quali erano coloro che prendevano qualsiasi decisione relativa al natante ed alla sua preparazione, provvedevano ad accendere il motore del gommone ed avviavano lo stesso (salvo poi gettarsi in acqua e lasciare il Sxxx. alla guida del mezzo: così dice Cerraqui), riscuotevano il compenso in danaro ed infine si relazionavano per quanto fosse necessario durante la traversata, non già coi due imputati (che non parlavano la loro lingua), bensì coi tre marocchini poi chiamati a rendere testimonianza nel presente processo (cfr. s.i.t. di Oppong) .

I magrebini, durante il loro esame, hanno accuratamente fatto in modo di tacere sui loro rapporti “privilegiati” coi libici, negando anzi espressamente qualsiasi legame e qualsiasi contatto telefonico con gli stessi (contrariamente a quanto riferito supra ,

come visto, da Oppong).

E tuttavia dalla istruttoria emergono a loro carico numerose circostanze davvero anomale per delle persone che asseriscono di essere state dei meri passeggeri.

Essi, infatti, sono gli unici ad avere il giubbotto di salvataggio (l'affermazione di Morchid che ad averlo erano in realtà una quindicina di extracomunitari non trova conferme nelle emergenze processuali, apparendo essa più una menzogna volta a nascondere il suo stato privilegiato all'interno della imbarcazione), gli unici a parlare la lingua araba, gli unici ad essere condotti fino alla imbarcazione direttamente dall'organizzatore del viaggio con un mezzo di proprietà di quest'ultimo (lo dice espressamente Cerraqui riferendosi a tutti e tre i marocchini – pag. 70 dell'incidente probatorio; certamente il testimone in questione sul punto non avrebbe avuto alcun motivo per mentire), gli ultimi ad avere accesso sul gommone (cfr. Morchid, pag. 59 dell'incidente probatorio).

Essi, per motivi di sicurezza, vengono fatti sedere dai libici vicino al motore, separatamente dagli altri extracomunitari (una premura davvero sospettosa in soggetti capaci di commettere crimini di efferata violenza e spietatezza) e tra di essi (i libici ed i marocchini) intercorrono numerose telefonate durante il corso della navigazione (lo riferisce Oppong, come visto supra).

Evidentemente Morchid mente quando riferisce che i soccorsi venivano chiamati dall'aiutante di Sxxx. (pag. 34: come visto Oppong dichiarava che era invece Cerraqui a colloquiare al telefonino ripetutamente col libico che aveva ricevuto i soldi per il viaggio).

A rendere le loro testimonianze ancora più sospette, vale inoltre la considerazione che Morchid e Cerraqui si contraddicono fra di loro in maniera rilevante e significativa su alcune circostanze che varrebbero ad aggravare la posizione degli odierni imputati, a segnalare il presunto rapporto diretto o accordo di questi ultimi coi libici o a fare luce sul rapporto speciale intercorrente tra i dichiaranti ed i libici.

Bati vedere quanto da loro riferito sul momento in cui il gommone avrebbe cominciato ad imbarcare acqua (secondo Morchid, da subito), sulle condizioni di partenza del natante (Morchid riferisce nella s.i.t. che era sin da subito evidente una scollatura nel gommone e nonostante ciò veniva presa la decisione di partire; per Cerraqui esso era in perfette condizioni), sulle modalità con le quali vengono condotti dai libici sulla spiaggia (per Morchid, con un furgoncino, separatamente; per Cerraqui in taxi da Hary, tutti e tre marocchini insieme), sul divieto o meno di portare telefonini a bordo e su chi invece avesse il permesso di tenerli (per Morchid, l'unico ad avere il telefonino era l'aiutante, che, infatti, chiamava i soccorsi; per Cerraqui molti avevano il telefonino, compreso Morchid, che aveva anche una protezione speciale del cellulare per l'acqua – pag. 98 -, ma non c'era linea e certamente l'aiutante non fece alcuna telefonata di soccorso – pag. 100), sul comportamento adottato dagli imputati una volta apertasi la falla nel gommone (per Morchid era l'aiutante del capitano a chiamare i soccorsi con un cellulare dotato di un antenna particolare – pag. 34 dell'incidente probatorio -, mentre anche il capitano cercò di svuotare le taniche di benzina per utilizzarle come salvagente – pag. 56 dell'incidente probatorio; per Cerraqui gli imputati non fecero nulla per cercare di salvare i passeggeri dal naufragio o per chiamare i soccorsi – pag. 89, 90 e 100 dell'incidente probatorio).

Ulteriori contraddizioni emergono dal raffronto tra l'incidente probatorio e le s.i.t.: cfr. le contestazioni avanzate in merito alla presenza di una evidente scollatura nel gommone sin dall'inizio della traversata (Morchid, pag. 17 dell'incidente probatorio), sul momento in cui il gommone comincia ad imbarcare acqua (Morchid, pag. 18 e ss dell'incidente probatorio; qui il testimone fornisce sul punto due versioni diverse, le quali vanno ad aggiungersi a quella – molto differente - già resa nella s.i.t.), sugli

accordi coi libici sul momento in cui contattarli (pag. 48, Morchid), sul fatto che il motore si spegnesse in continuazione durante il viaggio (Morchid, pag. 63).

Senz'altro poco convincente è la spiegazione fornita in proposito dal Morchid: non avere compreso bene le domande postegli durante la s.i.t. per via della lingua francese utilizzata dall'interprete.

Dai verbali in atti risulta in proposito un contrasto tra il verbale di fermo (dal quale emerge che i tre magrebini venivano sentiti con l'ausilio di un interprete di lingua araba, come confermato espressamente da Cerraqui, pag. 92 dell'incidente probatorio) e quelli di s.i.t. (il verbale s.i.t. di Morchid indica la presenza di un interprete francese; quello degli altri due magrebini di uno in lingua araba, il medesimo di cui al verbale di fermo).

In ogni caso, il verbale s.i.t. riguardante Morchid non segnala alcuna delle difficoltà linguistiche di comprensione rappresentate da costui, il quale, non va dimenticato, era assistito da un difensore, in quanto indagato di reato connesso.

In esso, infine, nella parte finale, si dà atto che il dichiarante provvedeva a rileggere quanto verbalizzato e, quindi, ad apporre la propria sottoscrizione, senza chiedere l'apposizione di alcuna nota o dichiarazione aggiuntiva.

Ad ogni buon conto, infine, le differenze tra le due versioni sono così sensibili (esprimendo concetti completamente diversi) che difficilmente possono spiegarsi per mere incomprensioni linguistiche.

In questo quadro giustificata appare allora la diffidenza mostrata nei loro confronti dal Sxxx.; ma soprattutto tutto ciò induce a ritenere che se di accordi tra i libici ed alcuni passeggeri del gommone si può parlare, essi molto verosimilmente sono intercorsi proprio con i marocchini anzidetti (guarda caso nordafricani e, quindi, di lingua araba come i libici) e giammai coi due odierni imputati, di etnia, lingua e cultura differenti, stranamente sprovvisti di un giubbotto di salvataggio e, a dire di Oppong, anche di un cellulare che li mettesse in comunicazione coi libici.

Sempre Oppong affermava che era proprio Cerraqui colui che parlava ripetutamente al telefonino col libico che aveva ricevuto i soldi per il viaggio, il quale libico aveva in precedenza consegnato proprio a questi un telefonino Motorola di colore nero.

Anche Cerraqui confermava che tra i due imputati ed i libici non era intervenuto alcun dialogo, nessuno scambio di battute, nessuna istruzione su come affrontare il viaggio.

Del resto sarebbe stato davvero anomalo per i libici stringere un accordo con due soggetti che oltre a non parlare la stessa loro lingua (l'arabo), a loro volta utilizzavano una lingua differente tra di loro: il mandingo Sxxx., l'inglese o il wolof Bxxx..

Tutti i testimoni unanimemente riferiscono che i due imputati non profferivano alcuna parola tra essi durante il viaggio (per evidenti incomprensioni linguistiche), limitandosi a comunicare a gesti.

E' certamente più verosimile piuttosto che i due imputati (probabilmente sulla base di un piano già predisposto in anticipo dai libici, ma tenuto nascosto fino alla fine) siano stati scelti casualmente tra i passeggeri.

Solo così si spiegano le anomalie anzidette e quanto dichiarato supra da Morchid a proposito del fatto che inizialmente non era riuscito a distinguere, nella moltitudine dei passeggeri, i due imputati a bordo del gommone.

Una volta scelti "a casaccio", essi venivano minacciati (il Sxxx., in particolare) di condurre il gommone a destinazione.

Una conferma diretta di quanto sopra proviene dal dichiarante Cerraqui, il quale riferiva che due libici armati salivano a bordo del mezzo, accendevano il motore e, dopo un breve tragitto, ponevano materialmente Sxxx. alla guida dello stesso e si gettavano in acqua, gridando in arabo “Allah akbar”.

Così si capisce, per esempio, la circostanza (riferita nelle s.i.t. sia da Morchid che da Cerraqui) che i due imputati venivano tranquillamente chiamati dai soggetti trasportati col loro vero nome, circostanza davvero strana se davvero si fosse trattato di due cinici “scafisti”, i quali sono normalmente soggetti sì accorti da non lasciare trapelare così facilmente il proprio nome.

Anche il fatto che gli imputati si ritrovano alla guida di un natante (di poco più di 10 metri) palesemente inadatto a trasportare un numero così rilevante di persone (quasi 100) ed in condizioni estremamente precarie e fragili (tanto da sgonfiarsi durante il tragitto) trova una ragionevole spiegazione nel loro verosimile ruolo di meri strumenti inconsapevoli ed eterodeterminati nelle mani dei libici armati (veri organizzatori del trasporto), piuttosto che di veri correi degli stessi, ipoteticamente compartecipi di profitti e vantaggi.

Non è un caso che nessun testimone ha dichiarato di avere pagato nelle mani dei due imputati o che questi ultimi si fossero prodigati nel condurre le operazioni di imbarco, stabilire come distribuire gli immigrati a bordo, dare indicazioni di carattere operativo.

Non va dimenticato a questo riguardo che la condotta contestata consiste nell’aver “dapprima promosso ed organizzato e successivamente effettuato il trasporto” in questione.

Certamente dalla istruttoria non è emersa, a carico degli imputati, traccia alcuna di questa presunta attività di promozione ed organizzazione, attività da tutti unanimemente imputata al gruppo di libici armati.

Conferma indiretta delle condizioni di assoluta insicurezza esistenti in Libia (e, quindi, della plausibilità del sequestro raccontato da Sxxx. nel corso dell’interrogatorio reso davanti al P.M. e poi dell’esame davanti al G.U.P.) viene dal dichiarante Alpha, il quale riferiva di essere stato lui, poco prima del viaggio qui in esame, sequestrato da alcuni libici armati a scopo di estorsione.

Anche Oppong affermava di essere stato condotto da una organizzazione libica (diversa da quella che ha preparato il viaggio) in Libia, prima di imbarcarsi nel gommone di cui sopra, in un campo “perimetrato dai muri alti da cui non c’è libertà di movimento. Anche per uscire dal campo, in cui siamo rimasti 45 giorni, abbiamo dovuto pagare 2.600,00 dollari”.

Si tratta, come si vede, di circostanze che rendono non del tutto inverosimile il racconto proveniente da Sxxx. circa l’essere stato vittima di un sequestro ad opera di uomini libici armati allo scopo di utilizzarlo quale conducente di una barca.

E del resto basterebbero le notizie dei media a dare conto delle condizioni di guerra e di estrema atrocità che contraddistinguono la Libia in questi mesi.

Dunque, non vi è dubbio, all’esito della istruttoria svolta, che il Sxxx. sia stato materialmente il conducente della nave (come è ammesso del resto anche dall’imputato), mentre è verosimile che il Bxxx. lo abbia coadiuvato nelle operazioni.

Su quest’ultimo punto vi sono minori emergenze processuali (come visto supra, gli imputati lo negano, Oppong nulla dice in merito al Bxxx., sottolineando viceversa il ruolo attivo svolto da Cerraqui), ma non è una circostanza che si può escludere con certezza.

Ciò tuttavia che è agevolmente desumibile dalle prove orali tutte è che il viaggio era

gestito per intero da libici armati di tutto punto , i quali non si facevano scrupolo di minacciare di morte i passeggeri.

Si tratta di un dato che, a conferma della sua solidità probatoria, ricorre (oltre che nelle s.i.t. di Oppong ed Alpha) non solo nelle prove rese in incidente probatorio , ma anche nelle s.i.t. dei tre testimoni marocchini , prove queste che, per quanto per vari aspetti inducono a sospetto (contenendo diverse affermazioni palesemente volte ad aggravare la posizione degli imputati ed alleggerire quella degli stessi dichiaranti), sono concordi ed unanimi sul punto.

È , quindi, questo un elemento che è agevolmente e con certezza desumibile dalle prove orali e che vale a fornire un solido riscontro (o quanto meno a renderla non del tutto inverosimile ed improbabile) alla tesi difensiva sullo stato di costrizione patito.

Se a ciò si aggiunge che le dichiarazioni dei due testimoni marocchini sentiti in incidente probatorio (il terzo , Said, essendosi reso irreperibile, non è stato possibile sottoporre al contraddittorio delle parti) si sono palesate contraddittorie in più rilevanti punti tra di esse e rispetto alle s.i.t. , non può non concludersi nel senso della sussistenza di un ragionevole dubbio sulla ricorrenza della causa di giustificazione invocata dagli imputati.

Non va dimenticato, tra l'altro, che le dichiarazioni in esame , provenendo da soggetti indagati di reato connesso (l'ingresso illegale in territorio italiano), vanno sottoposte al rigido vaglio previsto dal comma terzo dell'art. 192 c.p.p. (“..sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l’attendibilità”).

E , come visto, si ritiene che esse siano carenti sotto molteplici profili, essendo caratterizzate da diverse contraddizioni , su elementi di non secondaria importanza , elementi in genere contraddistinti da profili aggravatori della responsabilità degli imputati, a tutto vantaggio della posizione processuale dei dichiaranti.

E' utile rilevare inoltre come vi sia un ulteriore dato che induce ad estrema prudenza nella valutazione di tali deposizioni .

E' noto come gli extracomunitari che si offrono di fornire dichiarazioni accusatorie in circostanze simili di sbarchi illegittimi ricevono il beneficio non secondario di ottenere il permesso di soggiorno per motivi di giustizia.

E' quello che è successo con i tre testimoni marocchini de quibus (cfr. in atti il parere favorevole , legittimamente, reso dal P.M. in merito) ed anche con il testimone Buba Camara, il quale ultimo, tuttavia, dopo essersi, verosimilmente, offerto spontaneamente di rendere dichiarazioni testimoniali in merito alla conduzione del natante col quale giungeva in Italia, è stato tuttavia egli stesso sottoposto ad indagini per avere guidato il mezzo in questione (v. verbale di fermo in atti, pag. 109).

La circostanza emerge dalla nota (in atti) di polizia giudiziaria datata 11.8.15, appena un mese dopo lo sbarco in questione, contenente l'elenco dei dichiaranti (tra i quali i 3 testimoni marocchini anzidetti ed Buba Camara) per i quali esprimere parere favorevole ai fini della concessione del permesso di soggiorno .

Ebbene , il nome di Buba Camara è incluso in detto elenco e non v'è chi non veda come questa circostanza sia una ulteriore riprova di come sia estremamente opportuno valutare con estrema cautela le dichiarazioni accusatorie raccolte in siffatte circostanze.

Avendo , infatti, tali soggetti extracomunitari trasportati un preciso interesse a rendere dichiarazioni accusatorie , queste ultime devono essere sottoposte ad un attento vaglio di attendibilità intrinseca ed estrinseca.

L'ascolto di un numero maggiore di passeggeri (possibilmente di etnie diverse), soprattutto sui temi delle minacce e della costrizione sollevati dal racconto degli

imputati (ma emergenti anche dalle parole dei testimoni magrebini), avrebbe senz'altro contribuito a fare chiarezza su circostanze decisive nella affermazione di responsabilità degli stessi.

In questo quadro, non è irrilevante notare come sia rimasta del tutto inevasa la richiesta (indirizzata alla Questura ed inclusa tra gli atti processuali) della difesa del Sxxx. di acquisizione dell'elenco dei soggetti trasportati, al fine di potere audire altri passeggeri o anche verificare la presenza dei soggetti che (stando alla versione resa dal Sxxx.) erano stati sequestrati dai libici insieme a lui (si tratta di Siriky e Senekee).

Indubbiamente , anche la tesi difensiva fornita dagli imputati presenta qualche incongruenza, la principale delle quali è il fatto che essa non sia stata resa in tutta la sua interezza nella immediatezza dei fatti.

Bxxx. dichiarava nell'interrogatorio di garanzia che alla guida si erano alternati Morchid e suo fratello più piccolo e che non vi era alcuna bussola; mentre Sxxx., pur sottolineando che era stato un libico a caricare i passeggeri a bordo, riferiva di avere accettato la guida del mezzo, su invito di un amico di colore, quale forma di pagamento per giungere in Italia.

Si tratta di dichiarazioni discostanti da quelle poi rese, con continuità e concordanza, davanti al P.M. (in sede di interrogatorio), al G.I.P. (v. dichiarazioni spontanee di Bxxx.) ed al G.U.P.

E tuttavia, a parte la considerazione che il tema centrale delle minacce provenienti dai libici e del ruolo centrale da questi svolto non è stato adeguatamente sviluppato ed approfondito in quella fase processuale (la convalida del fermo di indiziato di delitto), tale scostamento può trovare una giustificazione nello stato di forte shock e stress (legati al pericolo di vita da poco scampato) al quale i due imputati erano sottoposti da svariati giorni.

Il Bxxx. , per esempio, a scopo palesemente difensivo (essendo stato accusato di essere il cd. "compass man") negava di avere visto alcuna bussola in barca, mentre poi, sin dalle dichiarazioni spontanee , dirà che la bussola (vista da tutti i testimoni auditi) ce l'avevano i marocchini.

Si tratta di un piccolo dettaglio che vale a significare come i due imputati, dopo essersi miracolosamente salvati in mare, avere assistito al decesso di 12 compagni di sventura ed essere stati accusati di pluriomicidio doloso, stessero vivendo uno stato di forte stress emotivo che ha senz'altro inciso sulla loro lucidità e serenità di giudizio, portandoli a rendere in prima battuta dichiarazioni non sempre rispondenti al vero.

Si tratta di un atteggiamento difensivo, di chiusura, di non pieno svelamento della realtà dei fatti e di mera risposta alle domande poste dall'interlocutore che può umanamente comprendersi in soggetti dalle scarse risorse culturali, provenienti da paesi e mondi completamente diversi dal nostro, in una situazione di costrizione giudiziale alla quale non erano verosimilmente adusi.

Non va dimenticato, si ripete, poi che gli stessi si erano da poco miracolosamente salvati da un naufragio che aveva portato (con modalità particolarmente atroci e cruento) al decesso di ben 12 loro compagni di avventura.

È comprensibile e probatoriamente giustificabile, pertanto, come gli stessi abbiano potuto raccontare con pienezza di dettagli e serenità di giudizio la loro versione dei fatti solo una volta superato il forte stato di stress psico-fisico al quale erano soggetti da giorni.

Anche le difficoltà linguistiche di comprensione con l'interprete utilizzato nel corso dell'interrogatorio di garanzia del Sxxx. hanno certamente contribuito a rendere non pienamente affidabile quanto da questi dichiarato in quella sede.

Dalla pagina 3 delle trascrizioni emerge, infatti, come l'interprete, da appena 1 anno e 9 mesi giunto in Italia, fosse originario del Mali, mentre il Sxxx. proviene dal Senegal.

Quest'ultimo ha riferito in sede di dichiarazioni spontanee, all'udienza del 7.9.16, che l'interprete parlava (quale madre lingua, evidentemente) una lingua diversa dalla sua e che egli aveva avuto serie difficoltà di comprensione dello stesso.

In ogni caso, evidenti improprietà linguistiche (quali, solo per fare un esempio, l'uso ripetuto dei verbi all'infinito) emergono dalle risposte fornite dall'interprete, fino a vere e proprie incomprensioni delle domande poste dal giudice (v. pag. 11 delle trascrizioni).

In questo quadro generale, la circostanza che i due odierni imputati non abbiano immediatamente raccontato delle minacce subite può trovare una ragionevole giustificazione, soprattutto se si tengono a mente gli innumerevoli indizi di segno contrario provenienti da tutto il materiale probatorio acquisito successivamente, compreso quello relativo a dichiarazioni di provenienza terza.

La ricorrenza della causa di giustificazione dello stato di necessità vale ad escludere la responsabilità non solo di Sxxx., ma anche di Bxxx.

Anche ammesso che sia stato veramente quest'ultimo a fungere da aiutante del primo, costui ha agito in una situazione di necessità, sia perché egli stesso vittima delle minacce gravi dei libici, sia perché agiva a supporto di persona che, se voleva avere salva la propria incolumità, non aveva altra scelta se non quella di commettere il reato in esame.

Bxxx. dichiarava, infatti, di avere assistito in prima persona alle minacce indirizzate specificatamente al Sxxx., il quale riferiva pure che esse venivano estese un po' a tutti i passeggeri.

Conferma terza ed imparziale sul punto proveniva da Morchid, il quale asseriva che i libici li minacciavano di morte se non fossero saliti con velocità sulla imbarcazione (pag. 14 e 40 dell'incidente probatorio).

In questo quadro di estrema drammaticità e tensione, è evidente come anche il Bxxx. non avesse altra scelta rispetto a quella di prestare il proprio ausilio al conducente, fornendo indicazioni con la bussola sulla rotta.

Più in generale, entrambi gli imputati si sono trovati in una situazione di assenza di capacità di autodeterminazione, commettendo il fatto materiale ascritto al capo A) di imputazione, ma certamente non volendolo, essendo costretti (per salvare la loro vita) da una situazione superiore alla loro volontà.

Le prove raccolte durante le indagini preliminari legittimano quanto meno un ragionevole dubbio sulla sussistenza di suddetta causa di giustificazione, dubbio, come è noto, rilevante ex art. 530, III comma, c.p.p. .

Gli imputati vanno, pertanto, assolti dal capo A) di imputazione perché il fatto non costituisce reato.

Da tale pronuncia consegue automaticamente l'assoluzione anche per il capo B) di imputazione relativo all'omicidio doloso.

La condotta contestata consiste nell'aver consapevolmente accettato il rischio di naufragio trasportando su un mezzo navale palesemente inadatto un numero considerevole di persone.

Senonché, non potendo la conduzione della barca essere collegata ad una libera e

consapevole scelta degli imputati ed essendo piuttosto essa frutto di una costrizione, non può certamente imputarsi alla condotta degli stessi la morte di alcuni degli innumerevoli passeggeri del gommone summenzionato.

Non furono gli imputati a decidere autonomamente e liberamente di avventurarsi per il Mediterraneo alla guida di un mezzo di fortuna carico all'inverosimile di persone.

Furono dei soggetti libici armati ad organizzare la traversata, decidere quante persone dovevano salire sul mezzo, scegliere quale natante utilizzare a questo scopo, optando sciaguratamente e cinicamente per un gommone in pessime condizioni.

Nessuno dei soggetti auditi riferisce di un ruolo organizzativo di tipo preparatorio in capo agli imputati, i quali anzi, viene detto ripetutamente, non vengono mai visti colloquiare con i libici.

Gli imputati, quando giungono in spiaggia, trovano già il natante carico di clandestini e, sotto la minaccia di armi (armi da guerra, quali kalashnikov), non possono che accondiscendere alla determinazione dei libici su chi dovesse guidare l'imbarcazione.

Tornare indietro (a nuoto o con tutta l'imbarcazione), dopo che i libici abbandonavano quest'ultima, sarebbe stato un atto del tutto scellerato, sia perché avrebbe verosimilmente incontrato la ferma opposizione degli altri immigrati (i quali avevano pagato un esoso compenso per il trasporto), sia perché significava andare incontro a morte sicura, quella per mano libica.

Proseguire nella rotta (tanto più che, a detta di tutti, il mezzo non presentava evidenti falle o difetti) poteva significare coltivare una qualche speranza di giungere sani e salvi in un paese sicuro e libero quale l'Italia.

L'evento morte di cui al reato di omicidio ascritto al capo B) di imputazione non può essere, pertanto, giuridicamente addebitato agli imputati.

Alla pronuncia di assoluzione consegue, visto l'art. 532 c.p.p., l'immediata liberazione degli imputati in stato di custodia cautelare.

P.Q.M.

(Omissis)

****Nota a sentenza*

Premessa. - 1. I fatti di causa – 2. L’esito assolutorio fondato sul riscontro dello stato di necessità – 3. Lo stato di necessità: ipotesi a mezza via tra causa di giustificazione e causa di esclusione della colpevolezza – 4. Riflessioni conclusive e brevi cenni sul principio di inesigibilità

Premessa

La sentenza in commento è chiamata a far luce sulla rilevanza penale delle condotte poste in essere dai soggetti al timone delle “carrette del mare”, ossia quei barconi fatiscenti che partono dalle coste africane stracolme di individui extracomunitari per tentare l’approdo sul suolo del nostro paese, primo varco utile per l’ingresso nel continente europeo.

I motivi che si celano dietro la scelta di intraprendere un vero e proprio viaggio della speranza sono molteplici, e rinviengono fondamento in ragioni politiche, sociologiche e umanitarie che non è consentito scandagliare adeguatamente in un contributo giuridico.

Ciò posto, basti rilevare che si tratta di un fenomeno di notevole portata, se è vero che le stime governative evidenziano che nel corso dei primi undici mesi dell’anno 2017 sono sbarcati sulle coste italiane circa 114.606 migranti¹.

Vista l’importanza dei numeri non deve stupire che i Tribunali di merito si trovino spesso impegnati a confrontarsi con il fenomeno de quo, che nella generalità dei casi sottende responsabilità penali da parte dei soggetti che alimentano l’afflusso di immigrati clandestini, rendendosi promotori o esecutori diretti del trasporto illecito.

La sentenza in parola, quindi, si trova al cospetto di una fattispecie ben nota, soprattutto per gli uffici giudiziari competenti ad amministrare la giustizia nel territorio antistante il “canale di Sicilia”, rotta prediletta dagli scafisti africani.

Così inquadrato il contesto generale, la pronuncia resa dal Gup di Palermo potrebbe ritenersi una delle tante intervenute sul tema, attraverso la quale si accerta la responsabilità penale dei nocchieri e degli organizzatori del trasporto illegale, di norma estendendola anche alle numerose morti dei passeggeri intervenute nel corso della navigazione o nella fase di sbarco.

La pronuncia in commento, viceversa, mostra innovativi profili di interesse nella misura in cui approda ad un esito assolutorio degli imputati, e lo fa ponendosi in un angolo prospettico peculiare che consente al Giudice di affermare che la condotta degli scafisti non è punibile in quanto emerge <<*quanto meno un ragionevole dubbio*>> sulla sussistenza della causa di giustificazione dello stato di necessità, di cui all’art. 54. c.p.

1 I fatti di causa

La Procura della Repubblica di Palermo contestava a due imputati di origine africana di aver <<*dapprima promosso ed organizzato e successivamente effettuato il trasporto*>> di soggetti extracomunitari in territorio italiano, servendosi di un natante partito dalle coste libiche.

¹ Trattasi di una stima apparsa sul quotidiano “*Il Sole 24 ore*” del 17 novembre 2017, elaborata in base ai dati forniti dal Viminale.

Da tale condotta, secondo l'ipotesi accusatoria, derivava altresì la responsabilità degli imputati per l'omicidio doloso di alcuni passeggeri, atteso che gli stessi avevano <<consapevolmente accettato il rischio di naufragio trasportando su un mezzo navale palesemente inadatto un numero considerevole di persone>>.

Più in particolare, uno dei due imputati era accusato di aver guidato in prima persona il gommone nel corso della traversata, laddove l'altro soggetto era ritenuto l'aiutante addetto a controllare l'esattezza della rotta, attraverso l'utilizzo della bussola di cui era munito.

La dinamica qui sintetizzata trovava un sostanziale riscontro nel materiale istruttorio esaminato dal Gup, il quale accertava il ruolo di scafista svolto da uno dei due imputati e riteneva plausibile che l'altro soggetto gli avesse prestato supporto durante la navigazione, consentendo al natante di raggiungere le coste italiane.

Tanto premesso, i due accusati si difendevano dichiarando di essere stati costretti da uomini armati libici a porsi alla guida della imbarcazione, non avendo avuto alcun ruolo nell'organizzazione del viaggio.

Il soggetto alla guida del gommone, in particolare, affermava di essere stato rapito sul territorio libico, venendo successivamente costretto con la violenza fisica, e dietro minaccia armata di morte, a mettersi alla guida del natante pieno di extracomunitari.

A sostegno della propria difesa gli accusati aggiungevano che ad organizzare la navigazione erano stati i medesimi uomini armati libici, che esercitavano il governo sul natante ed avevano provveduto alla riscossione del compenso pattuito e all'avvio del motore del gommone.

In definitiva, seppur con diverse sfumature, i due imputati convenivano sulla circostanza di essersi trovati loro malgrado alla guida dell'imbarcazione, proclamandosi estranei a qualsiasi ruolo direttivo nel trasporto illecito de quo; in ultima istanza, nella prospettiva difensiva l'azione criminale doveva ritenersi integralmente riferibile agli uomini libici, che in precedenza non avevano avuto con gli imputati alcun rapporto.

2 *L'esito assolutorio fondato sul riscontro dello stato di necessità*

L'adito Giudicante, pur condividendo la ricostruzione fattuale proposta dall'accusa, addiveniva ad una diversa qualificazione giuridica delle condotte degli imputati, sulla base dei numerosi riscontri probatori che avallavano le tesi difensive rassegnate dai due immigrati.

In primo luogo, la sentenza esclude l'esistenza di un rapporto diretto, o di un previo accordo, tra gli imputati e gli uomini armati libici, che secondo le risultanze istruttorie erano da considerarsi gli indiscussi promotori del trasporto di extracomunitari.

Deporrebbe in tal senso anche la circostanza che nessuno dei due imputati comprendeva la lingua (araba) parlata dai trafficanti di uomini, atteso che il "timoniere" si esprimeva in mandingo e l'aiutante utilizzava il wolof; le menzionate difficoltà di comunicazione, peraltro, esistevano anche tra gli imputati stessi.

Da ultimo, ad indiziare nel senso della natura casuale e meramente materiale dell'apporto fornito dagli accusati contribuiscono ulteriori circostanze: gli interrogatori degli altri passeggeri, infatti, confermavano che tali soggetti erano privi di giubbotto salvagente, oltre ad essere sprovvisti di un cellulare che gli consentisse di mettersi in contatto con i libici che avevano organizzato il viaggio.

Ciò posto, la sentenza afferma che, invece di immaginare un ruolo attivo degli accusati nell'organizzazione del viaggio, <<è più verosimile ritenere che i due imputati (probabilmente sulla base di un piano già predisposto in anticipo dai libici) siano stati

scelti casualmente tra i passeggeri>>, al fine di condurre a destinazione il gommone sotto la minaccia delle armi.

Partendo da tale premessa la sentenza affronta il *punctum dolens* della vicenda, ponendo in risalto le circostanze idonee a ritenere integrato, nella fattispecie concreta, lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p., cui il Gup di Palermo attribuisce *expressis verbis* natura di causa di giustificazione, così mandando assolti gli imputati ai sensi dell'art. 530, III comma, c.p.p..

All'uopo, il Tribunale opina che *<<gli imputati si sono trovati in una situazione di assenza di capacità di autodeterminazione>>*, commettendo materialmente il trasporto illegale di migranti a causa di una situazione superiore alla loro volontà, in quanto costretti dalla necessità di salvare la propria vita.

Anche a non voler valorizzare oltremodo il racconto dello scafista, secondo cui già in Libia sarebbe stato vittima di violenze e di un sequestro, per il Tribunale risulta acclarato che il viaggio era gestito da libici ben armati, i quali non si facevano scrupolo di minacciare di morte i passeggeri; circostanza che già di per sé fornisce un solido riscontro alla tesi difensiva dello stato di costrizione patito.

Il ricorrere degli elementi costitutivi della causa di giustificazione di cui all'art. 54 c.p. risulta ancora più fondato ove si consideri l'assenza di valide alternative perseguibili dagli imputati.

Una volta giunti giunti sulla spiaggia individuata quale luogo di partenza del natante, i due accusati si trovavano già sotto la minaccia di pericolose armi (tra le quali kalashnikov), sicché non potevano che *<<accondiscendere alla determinazione dei libici su chi dovesse guidare l'imbarcazione>>*.

A quel punto proseguire nella navigazione appariva l'unica possibilità per coltivare una flebile speranza di salvezza, mentre tornare indietro, dopo che i libici avevano abbandonato il gommone, *<<sarebbe stato un atto del tutto scellerato, sia perché avrebbe verosimilmente incontrato la ferma opposizione degli altri immigrati (i quali avevano pagato un esoso compenso per il trasporto), sia perché significava andare incontro a morte sicura, quella per mano libica>>*.

In conclusione, il Gup ritiene che le prove raccolte durante le indagini preliminari legittimino *<<quanto meno un ragionevole dubbio sulla sussistenza di suddetta causa di giustificazione, dubbio, come è noto, rilevante ex art. 530, III comma, c.p.p>>*.

Ad analogo esito assolutorio, peraltro, la sentenza perviene in relazione al secondo capo di imputazione contestato agli imputati, afferente l'omicidio doloso dei passeggeri morti nel corso della traversata.

Alla luce della ricostruzione complessiva fatta propria dal Gup, l'assoluzione anche da questa seconda accusa appare obbligata: *<<non potendo la conduzione della barca essere collegata ad una libera e consapevole scelta degli imputati ed essendo piuttosto essa frutto di una costrizione, non può certamente imputarsi alla condotta degli stessi la morte di alcuni degli innumerevoli passeggeri>>*.

Ne deriva che neppure l'evento morte può essere giuridicamente addebitato agli imputati.

3 *Lo stato di necessità: ipotesi a mezza via tra causa di giustificazione e causa di esclusione della colpevolezza*

La sentenza che qui si annota qualifica espressamente l'istituto previsto dall'art. 54 c.p. quale causa di giustificazione, ravvisando nello stato di necessità in cui versavano gli imputati un elemento che elide l'antigiuridicità di un fatto di reato che resta oggettivamente e soggettivamente conforme alla fattispecie tipica descritta dalla norma incriminatrice.

Tale ricostruzione è pienamente coerente con la natura giuridica attribuita alla fattispecie dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominante², che sono concordi nell'individuare il fondamento dell'art. 54 c.p. nel generale criterio, sotteso a tutte le scriminanti, del bilanciamento di interessi in conflitto.

In altri termini, l'operatività della causa di giustificazione è frutto di una comparazione oggettiva tra l'interesse dell'ordinamento alla protezione di determinati beni giuridici e il contrapposto interesse che l'autore dell'azione tipica intende salvaguardare mediante il compimento della condotta vietata; tale ultimo interesse, al ricorrere degli stringenti presupposti individuati dal legislatore, viene ritenuto equivalente a quello oggetto di tutela penale, sicché il soggetto che versa in uno stato di necessità viene facoltizzato a violare la norma incriminatrice.

Tuttavia, la circostanza che la condotta scriminata si rivolga nei confronti di un terzo incolpevole ed estraneo giustifica il permanere di un obbligo civile in capo all'autore della stessa, sicché il soggetto che lede beni giuridici altrui attraverso un'azione necessitata potrà essere condannato a corrispondere al danneggiato un equo indennizzo.

L'art. 54 c.p. subordina l'applicazione della causa di giustificazione in parola all'esistenza di una pluralità di condizioni, che devono supportare i due cardini sui quali si fonda la scriminante de qua, individuati nella situazione necessitante e nella azione lesiva necessitata.

Il primo dei menzionati poli dello stato di necessità postula l'esistenza di un pericolo di danno grave alla persona, con la specificazione che devono ritenersi rilevanti tanto la necessità di evitare un danno alla vita e alla integrità fisica, quanto quella di tutelare beni giuridici privi di un diretto sostrato materiale, ma comunque di stretta derivazione personale.

La tesi ad oggi nettamente prevalente, infatti, ritiene che anche diritti quali la libertà sessuale, l'onore e la riservatezza possano rientrare nell'ambito applicativo dell'art. 54 c.p.³.

Ad integrare i presupposti descritti dalla norma, tuttavia, non è sufficiente un generico e potenziale pericolo di danno, atteso che l'effetto scriminante può operare solo al cospetto di un pericolo attuale e qualificato, che per gravità qualitativa e quantitativa risulti in concreto idoneo a pregiudicare diritti personali propri o altrui.

Al ricorrere di tali circostanze, il soggetto che avrà violato il precetto penale costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo non sarà punibile, sempre che la reazione necessitata sia proporzionata al pericolo stesso, e quest'ultimo non sia stato volontariamente causato dall'agente.

Oltre che nelle ipotesi in cui l'autore del fatto abbia scientemente determinato la situazione necessitante, la tesi maggiormente accreditata esclude l'operatività della

2 *Ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 4 Giugno 2001, n. 27866.

3 Così, App. Roma, sez. III, 8 Aprile 2016, n. 1511.

scriminante anche nei casi in cui il soggetto abbia dato la stura a meri antecedenti causali di tali situazioni, in conformità con la prevalente ricostruzione dello statuto *condizionalistico* della *causalità*.

Parimenti, la giurisprudenza prevalente ritiene non applicabile l'art. 54 c.p. nelle ipotesi in cui la situazione di pericolo sia comunque riconducibile a mera colpa dell'agente: nella dominante concezione normativa della colpevolezza, l'elemento soggettivo de quo riveste anche una indubbia funzione ascrittiva della responsabilità penale, con la conseguenza che l'operatività della scriminante è negata ove a monte dell'azione necessitata si collochi un precedente comportamento imprudente dell'agente.

Soffermandosi ora sui caratteri dell'azione lesiva necessitata, tanto la giurisprudenza quanto il dettato normativo inducono a perimetrare attentamente l'ambito entro cui può operare l'effetto scriminante.

Quest'ultimo consentirà la non punibilità dell'agente solo ove il pericolo contro cui si reagisce sia non altrimenti evitabile, ossia presenti i caratteri della imminenza e cogenza, ponendo il soggetto di fronte alla alternativa tra l'agire *contra legem* ovvero soccombere.

L'inevitabilità del pericolo, tuttavia, è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'applicazione dell'art. 54 c.p., atteso che la norma subordina l'effetto scriminante all'esistenza di un rapporto di proporzione tra il pericolo corso e il fatto lesivo posto in essere per sottrarvisi.

Tale delicato bilanciamento, almeno per la dottrina più autorevole, va effettuato in un'ottica dinamica, che non si limiti a soppesare staticamente il rapporto tra i beni giuridici confliggenti.

In altri termini, "il test di proporzionalità" dovrà essere frutto di una comparazione dinamica tra i beni in conflitto e la concreta entità dei rischi in gioco, confrontando congiuntamente i valori aggrediti da colui che si difende e l'entità del pericolo corso.

Facendo applicazione del criterio in parola, si potranno ritenere consentite anche azioni che creano un remoto pericolo per la vita altrui, laddove poste in essere al fine di evitare una grave e più che probabile lesione della propria integrità fisica.

Lo stato di necessità, così come sinteticamente descritto nei suoi tratti essenziali, trova applicazione anche nelle fattispecie in cui la situazione necessitante sia imputabile alla altrui minaccia, così operando quale forma di coazione morale esercitata sul soggetto agente.

Tale eventualità, contemplata dall'ultimo comma dell'art. 54 c.p., non si limita ad escludere la punibilità dell'autore materiale del fatto, in quanto assolve alla funzione di addebitare il reato oggettivamente realizzatosi al soggetto che ha posto in essere la minaccia, configurando quella che per la dottrina più risalente era considerata una chiara forma di reità mediata⁴.

La norma in parola, invero, solleva più interrogativi di quanti non ne risolva, atteso che fa sorgere fondati dubbi circa la natura giuridica dello stato di necessità, quantomeno nella sua sottospecie di azione frutto della altrui coazione morale.

A dispetto della collocazione sistematica, saldamente inserita tra le cause di giustificazione, l'art. 54, 3° co. pare operare alla stregua di una tipica causa di esclusione della colpevolezza, atteso che a venir meno non è l'intrinseca antigiuridicità del fatto,

⁴ Sulla figura della autorità mediata, Riccio, *L'autore mediato*, Jovene, 1939. Nella dottrina di lingua tedesca si veda, Hegler, *Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*, in *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, V, 1929, p. 307 s.

bensi la riferibilità psichica dello stesso all'autore.

La controprova della validità di tale ricostruzione ermeneutica si rinviene nella circostanza che il fatto commesso a causa della altrui minaccia, lungi dall'essere penalmente irrilevante, configura un reato perfetto e punibile, del quale dovrebbe rispondere penalmente il soggetto che ha posto in essere la coazione morale nei confronti del mero autore materiale.

Approfondendo l'angolo prospettico da ultimo proposto, parte della dottrina individua il fondamento della fattispecie di cui all'art. 54, 3° co. nel più generale principio di inesigibilità, sottolineando come l'altrui minaccia operi alla stregua di una situazione anormale concomitante all'agire, tale da rendere inesigibile sul piano psicologico che il soggetto coartato si determini in maniera conforme al precetto penale.

Tuttavia, al fine di evitare la punibilità dell'agente, la coazione morale deve rivestire determinati caratteri, tali da farla assurgere a causa di serio condizionamento della condotta posta in essere⁵.

In primo luogo, la pressione psichica deve ingenerare un pericolo attuale ed inevitabile e non rappresentare una mera fonte di timore di future rappresaglie⁶; inoltre, lo stato di necessità non potrà invocarsi quando il soggetto possa sottrarsi alla costrizione facendo tempestivo ricorso all'autorità, onde evitare che si dia ingresso nell'ordinamento ad una inammissibile ipotesi non contemplata di autotutela privata.

Sotto altro versante, la coazione morale non deve eliminare del tutto la possibilità materiale del soggetto coartato di agire diversamente, essendo necessario che l'autore materiale del fatto conservi una limitata facoltà di non sottostare alla minaccia, seppur esponendosi alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dal mancato conformarsi alla pressione psichica altrui.

Viceversa, laddove la coazione altrui trascenda il profilo morale e si configuri alla stregua di una violenza corporale che annienta la possibilità del soggetto di agire diversamente, verrà in rilievo la diversa fattispecie del costringimento fisico, di cui all'art. 46 c.p..

4 *Riflessioni conclusive e brevi cenni sul principio di inesigibilità*

La sentenza in commento, nell'assolvere gli imputati ai sensi dell'art. 530, 3° co. del codice di rito, stante l'accertamento di un ragionevole dubbio sulla sussistenza della causa di giustificazione di cui all'art. 54, ultimo comma c.p., si pone in piena sintonia con l'opinione dominante che sussume la coazione morale nel novero delle cause di esclusione della anti giuridicità.

Nondimeno la pronuncia, nell'articolato iter motivazionale, lascia trasparire la difficoltà di svincolare lo stato di necessità frutto della altrui pressione psichica dalla tesi dottrinale che ritiene la fattispecie in esame un istituto marcatamente soggettivo, collocandolo nella contigua area delle cause di esclusione della colpevolezza⁷.

Quanto testè affermato emerge specialmente laddove il Gup di Palermo non esita ad affermare che <<gli imputati si sono trovati in una situazione di assenza di capacità di autodeterminazione>>, così ricostruendo la coazione morale in termini non troppo

5 In tal senso, Cass. pen., sez. V, 30 Gennaio 2004, n. 8855.

6 Da ultimo in tal senso, Cass. pen. sez. VI, 16 Marzo 2011, n.13134.

7 Per un inquadramento generale sulle posizioni emerse in dottrina, Fiandaca – Musco, *Diritto penale, parte generale*, 7° edizione, Zanichelli, 2014.

dissimili dalle cause di esclusione della *suitas ex art. 42, 1° co. c.p.*.

L'implicito richiamo alla assenza di coscienza e volontà dell'accaduto, che traspare anche nell'inciso in cui il Tribunale statuisce che il fatto materiale addebitato nel capo A) di imputazione è stato posto in essere <<*certamente non volendolo*>>, trascende il caso di specie e offre lo spunto per una duplice riflessione dogmatica.

In primo luogo, ridesta le perplessità circa la collocazione sistematica del costringimento psichico di cui all'ultimo comma dell'articolo 54 c.p., da sempre qualificato nella "forma" una c.d. scriminante e nella "sostanza" una c.d. scusante.

Ancora, ed in termini più generali, riaccende il dibattito sulla possibilità di rinvenire nel nostro ordinamento un fondamento del più generale principio di inesigibilità della condotta⁸; principio che, almeno secondo parte della dottrina di lingua tedesca, costituirebbe una *generalklausel* in cui sussumere le cause di esclusione della colpevolezza che operano secondo modalità affini alla descritta fattispecie della coazione morale.

In tale ottica, chi compie l'azione criminosa sotto la minaccia psicologica esercitata da altri soggetti si troverebbe influenzato da circostanze esterne che rendono inesigibile un diverso comportamento, facendo così apparire non rimproverabile il fatto commesso⁹.

Secondo altra parte della dottrina, viceversa, l'ordinamento italiano non accoglie un generale principio di inesigibilità, idoneo a operare quale canone extralegale di esclusione della colpevolezza di condotte criminose frutto di una influenza esterna.

Tale tesi non disconosce la necessità di attribuire un rilievo alle circostanze anomale concomitanti all'agire, idonee a spiegare una efficacia condizionante sulla condotta criminosa del reo, ma ritiene di poter raggiungere lo scopo valorizzando indici normativi già presenti nel sistema penale.

In particolare, il grimaldello per riconoscere efficacia "scusante" a determinate situazioni di perturbamento psichico sarebbe proprio il citato art. 42, comma 1, c.p., inteso quale canone ermeneutico idoneo a ricomprendere tutte le circostanze anormali innominate che escludono la coscienza e volontà del fatto.

Quale che sia la ricostruzione teorica da seguire, risulta ormai acclarato che un diritto penale saldamente ispirato al principio costituzionale di colpevolezza non può prescindere dall'attribuire rilievo a fattori (pur sempre obiettivi) che abbiano fortemente menomato la capacità di autodeterminazione dell'agente, quand'anche la condotta di costui sia sfociata in un fatto materiale criminoso.

Tale esigenza emerge anche dalla sentenza in commento: quest'ultima, pur non spingendosi sino al punto di rompere con la dominante tesi che configura la coazione morale quale causa di giustificazione, valorizza le dinamiche soggettive che hanno condotto "gli scafisti" a compiere il traffico illegale, di fatto lasciando la porta socchiusa all'ingresso nel sistema di una più generale causa di esclusione della colpevolezza fondata sul principio di inesigibilità.

8 Per una disamina più moderna del principio in parola, si veda Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990.

9 Tale ricostruzione sembra essere suggerita da Scarano, *La non esigibilità nel diritto penale*, Jovene, 1948.

Diritto amministrativo

1 Le concessioni demaniali alla luce delle recenti prospettive di riforma

a cura di Gennaro Dezio

2 In assenza di un esplicito divieto legislativo anche un docente di 32 seconda fascia può ricoprire la carica di Direttore di un Istituto di Alta formazione artistica e musicale (AFAM)

a cura di Elia Scafuri

" Le concessioni demaniali alla luce delle recenti prospettive di riforma "

Gennaro Dezio

Dottore in Giurisprudenza

Abstract

The new rules on beach concession will have to promote, in the respect and implementation of European legislation, the development and innovation of the recreational and recreational enterprise and to innovate the seaside sector.

Keywords: public goods – Bolkenstein – beach concessions –

Negli ultimi anni non sono mancati contrapposizioni, anche forti, tra fonti comunitarie e fonti interne in materia di beni pubblici e, nello specifico, di uso dei beni appartenenti al demanio marittimo concessi a privati per attività turistico-ricreative. Dopo aver tracciato le linee fondamentali del quadro costituzionale e del panorama normativo di riferimento, relativamente ai beni pubblici ed allo strumento concessorio, il presente lavoro pone l'attenzione sui contrasti tra Istituzioni nazionali ed europee in materia di c.d. diritto di insistenza e sul diritto di rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative

Successivamente si analizzerà il disegno di legge di delega al Governo per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime, predisposto da legislatore dopo aver, a lungo, approntato soluzioni emergenziali che rinviavano il problema perché inidonee a risolverlo. Tale disciplina, nelle intenzioni del legislatore, dovrà favorire, nel rispetto ed in attuazione della normativa europea, lo sviluppo e l'innovazione dell'impresa turistico-ricreativa e di innovare il settore balneare.

Parole chiave: beni pubblici – Bolkenstein – concessioni demaniali –

Premessa. - 1. I beni pubblici. - 2. Le concessioni balneari: dal contesto normativo alla cd. Direttiva Bolkestein.- 3. La delega per il riordino delle concessioni demaniali.

Premessa

L'analisi del fenomeno considerato non può che prendere le mosse, dall'avvento, nel nostro quadro ordinamentale, della carta costituzionale che, con il trasferimento della sovranità al popolo, prevista all'art.1, ha inteso attribuire allo stesso anche la titolarità dei beni pubblici. Di conseguenza, diversamente dalla fase storica in cui la sovranità era incardinata in capo al monarca che aveva la potestà di pretendere il perseguimento dei fini da lui ritenuti pubblici e la correttezza della gestione dei beni e dei mezzi, con la Costituzione il sistema delle garanzie diviene estremamente rigido, ancorato alla sovranità popolare e derogabile dal legislatore ordinario per i soli profili non espressamente costituzionalizzati¹. La geometria normativa che è stata delineata all'interno della Costituzione in materia di gestione e tutela del patrimonio pubblico, imperniata sull'art. 42, ha operato una sistematizzazione chiara ed organica del settore. Ed infatti, in Italia, la costituzionalizzazione del diritto di proprietà, con la previsione della sua funzione sociale, si è posta quale prodotto del compromesso tra le diverse forze politiche presenti nell'Assemblea Costituente, che da una parte si facevano promotrici delle istanze fondamentali dello Stato liberale di diritto, dall'altro, assertrici, come già dall'art. 1 Cost., con il riferimento al lavoro, di una lettura di prospettiva sociale delle disposizioni costituzionali. Il riferimento alla funzione sociale del diritto di proprietà è il prodotto una complessa sintesi tra la visione liberista della proprietà, anche in termini di diritto naturale dell'individuo, e la visione socialista, in chiave solidaristica ed egualitaria.

Tale quadro di partenza appare a maggior ragione rilevante se si considera che la proprietà è da considerarsi parametro di riferimento di ogni rapporto (giuridico, sociale, economico), di ogni diritto (di libertà in primo luogo) e di ogni comportamento, posto che il modo di concepire lo stesso, ed in particolare, i suoi limiti, influenza profondamente sia l'organizzazione socio-economica, sia il regime politico² di uno Stato, nella dichiarata prospettiva di assicurare protezione alle basilari necessità umane³. Una visione della proprietà, questa, che la pone quale strumento di «ricchezza» anche a vantaggio di determinate categorie di soggetti deboli⁴ e che sottolinea con chiarezza,

1 BUSCEMA, *Rivista della Corte dei Conti*, n. 3-4 2016, p. 534-555.

2 Ad es. con riferimento alla tutela costituzionale della proprietà in India, sulla scia del modello sudafricano, «si è avvertita la difficoltà di bilanciare la necessità di redistribuzione della terra con la protezione dei diritti di proprietà esistenti» (v., in argomento, BENATTI, *La tutela costituzionale del diritto di proprietà in India: storia e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1164 ss., ma spec. 1184 ss.).

3 RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, in www.dirittifondamentali.it, 10/2014.

4 BAUMAN, *Danni collaterali. Diseguaglianze sociali nell'età globale*, Roma-Bari, 2011, ed. Laterza, nel 2005. «Nel 2005 prima che l'uragano Katrina si abbattesse sulle coste della Luisiana, gli abitanti di New Orleans e delle zone circostanti sapevano del suo imminente arrivo ed ebbero il tempo di correre ai ripari. Non tutti però poterono agire di conseguenza e mettersi in salvo. Taluni – e non furono pochi – non riuscirono a racimolare il denaro necessario ad acquistare un biglietto aereo (...). Inoltre, benché i beni di quei

il tratto peculiare della funzione sociale che l'art. 42, co. 2, Cost., attribuisce al diritto considerato, anche nell'accezione di dovere di contribuzione a tutela dei soggetti più deboli⁵.

Altresì non può non rilevarsi che, in relazione allo stesso concetto di concetto giuridico della funzione sociale, siano tuttavia emersi orientamenti in forte contrapposizione e che sembrano però essere stati ricondotti ad unità, grazie a quella mediazione politica che caratterizza la nostra Costituzione, dall'acquisizione oramai pacifica del venir meno di una logica esclusivamente individualistica e del godimento pro sé, in favore di una considerazione, solidaristica ed egualitaria, degli interessi umani a carattere comune e generale. La funzionalizzazione della proprietà, di cui è espressione, ad esempio, negli artt. 35, 42 e 43 Cost., il riferimento all'utilità ed all'interesse generale, non pone particolari problemi, in ragione del fatto che, a differenza di altre esperienze ordinamentali, la Costituzione annovera il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali⁶, ma non ne afferma l'invulnerabilità⁷. Tale assunto non può meravigliare, poiché, come ogni altro diritto fondamentale, anche la proprietà pur essendo un diritto non eliminabile per volontà del Costituente, può essere limitato a determinate condizioni⁸. In una prospettiva analitica, le difficoltà interpretative nell'enucleazione di un adeguato contenuto, caso per caso e di epoca in epoca, per questa complessa e delicata funzione sociale, si manifestano anche per il fatto che essa sconta, così come altre c.d. clausole generali dell'ordinamento, quali, ad esempio, la buona fede, il buon costume e l'ordine pubblico, un elevato grado di indeterminatezza.

Concludendo, può affermarsi che la funzionalizzazione sociale della proprietà ha, da un lato, pacificamente, segnato un'erosione del contenuto del diritto di proprietà, riducendo i poteri riconosciuti al proprietario e, dall'altro, ha ristretto la sfera riservata alla proprietà individuale, limitando, tra l'altro, gli oggetti rispetto ai quali è configurabile il diritto di proprietà da parte dei privati⁹.

1 *I beni pubblici*

La Costituzione pur non disponendo né un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ne traccia, tuttavia, importanti punti di riferimento, decisivi per la definire la struttura del sistema. In materia di beni pubblici, un primo punto di

poveri che non riuscirono a prendere un aereo o a trovare scampo in un motel fossero forse poca cosa rispetto a quelli dei ricchi, e quindi non altrettanto degni di essere rimpianti, essi rappresentavano per loro tutto ciò che possedevano. Nessuno li avrebbe compensati per la perdita di quei beni, che una volta perduti lo sarebbero stati per sempre, insieme a tutti i risparmi di una vita».

5 BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 7 ss.

6 In tal senso si è espressa la Corte Cost., 22.12.1977, n. 153, in *Giur. costituz.*, 1977, 1469 ss., secondo cui: «la legge riconosce e garantisce la proprietà privata e in particolare aiuta la piccola e media proprietà terriera, alla quale può bensì imporre obblighi e vincoli, ma per il duplice fine del razionale sfruttamento del suolo e del conseguimento di equi rapporti sociali, senza incidere eccessivamente sulla sostanza del diritto di proprietà, a beneficio di altri soggetti privati, pur meritevoli di particolare tutela».

7 Come, invece, diversamente previsto, ad es., nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789 secondo la quale il diritto di proprietà era «invulnerabile e sacro»; nonché all'art. 29 dello Statuto Albertino.

8 Al riguardo assume rilievo la ritenuta possibile esistenza di due modelli di proprietà costituzionale: uno delineato dalla Costituzione, ed un altro dalla Corte Costituzionale, in applicazione degli artt. 3 e 42 Cost. Significativa in tal senso la decisione n. 55 del 1968 della Corte Costituzionale, dalla quale parrebbe risultare un rinvigorimento della tutela proprietaria.

9 VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 417 ss.

riferimento può essere considerato proprio l'art. 42 della Costituzione che specifica la natura pubblica o privata della proprietà e che i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La norma in parola è di fondamentale importanza, innanzitutto perché la diversificazione tra proprietà pubblica e privata, da essa operata, è di peculiare importanza tenuto conto, nelle diverse fasi storico-politiche, dell'intervento dello Stato nell'economia che, mediante strumenti privatistici, opera per il perseguimento dei fini pubblici. Oltretutto, su tale disposizione si fonda la possibilità di prevedere un particolare regime giuridico per la proprietà pubblica e, perciò, indirettamente per tutti i beni di appartenenza alla pubblica amministrazione¹⁰

A tale norma, secondo recenti approdi giurisprudenziali, è necessario affiancare ulteriori disposizioni costituzionali di altrettanta rilevanza. Innanzitutto, gli artt. 2 e 9 Cost. che, in combinato disposto con il citato art. 42, enunciano un principio di tutela della personalità umana «... del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche con riferimento al "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa codicistica, il demanio e patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per la loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività». Sempre a livello costituzionale, secondo questo indirizzo interpretativo, vanno richiamati l'art. 118 Cost. III co. in materia di beni culturali; nonché la riforma del titolo V della Costituzione sulla competenza, concernente sia la tutela, sia la valorizzazione dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali ed ambientali. I beni pubblici vengono, poi, disciplinati anche dal Codice civile, che tenta di classificarli seppur con un taglio formalistico¹¹. Agli artt. 822 e s. si occupa del demanio pubblico e del relativo regime giuridico; dall'art. 826 in poi, prende in considerazione, invece, i beni appartenenti al patrimonio indisponibile e la relativa disciplina¹². La materia è inoltre regolamentata anche da leggi speciali di settore come, ad esempio, il Codice della navigazione di cui al Regio decreto n. 327/1942 e la normativa sui beni e le attività culturali oggi inserita nel Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42/2004.

10 Spesso, in riferimento alle macrocategorie della proprietà pubblica e della proprietà privata, i confini tra i rispettivi regimi giuridici risultano incerti. Il riferimento è specialmente al demanio marittimo che, specie recentemente e per l'influsso degli interventi comunitari, sembra porre diverse questioni di interesse specie in riferimento al regime concessorio e, quindi, all'utilizzo di detti beni, anche a scopo imprenditoriale.

11 RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*, op. cit. p. 25 e ss., in cui l'autore sottolinea che la classificazione dei beni pubblici, poi, tra demaniali e patrimoniali e successivamente, tra patrimoniali indisponibili e patrimoniali disponibili si manifesta incerta, non indicando il codice civile, agli artt. 822 (v. anche art. 28 cod. nav.) e 826 e ss., un criterio sostanziale di differenziazione, tant'è che, secondo una tradizionale impostazione, si può ritenere che detta differenziazione derivi da una diversa considerazione, in termini di «importanza», del bene pubblico. Tale concezione è stata oggetto di critiche in dottrina, stante, da un lato, la lacunosità del regime speciale, dall'altro, l'eterogeneità dei beni rientranti nell'ambito del demanio, tale da non consentire, si ritiene, aprioristiche distinzioni, almeno in senso ontologico. Secondo l'autore è condivisibile l'impostazione che, invece, pone a fondamento della distinzione tra beni demaniali e beni patrimoniali (specialmente indisponibili) un criterio «legislativo formale», nel senso, cioè, detti beni sono diversamente classificati dal legislatore in relazione alle loro differenti caratteristiche indicate dal legislatore stesso.

12 «(...) il regolamento approvato con R. decreto 4.5.1885, n. 3074, per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, introduceva la distinzione tra beni patrimoniali disponibili e patrimoniali indisponibili, dichiarando l'inalienabilità di questi ultimi e sottraendo così al regime del diritto comune un numero notevole di beni appartenenti al patrimonio dello Stato».

Ciò posto, i beni pubblici rappresentano l'insieme delle cose (in senso giuridico), mobili e immobili, appartenenti allo Stato o altra p.a., a titolo dominicale o ad altro titolo, idoneo ad assicurarne la disponibilità ed il godimento, identificabili in base a specifiche caratteristiche fissate dalla legge ovvero in ragione della destinazione ad uno scopo pubblico cui ne viene fatta¹³. La rilevanza dei beni pubblici, intesi quali beni di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni al fine di realizzare scopi e funzioni ad esse affidati¹⁴, è sempre stata distinta da quella dei beni appartenenti a soggetti privati in virtù del vincolo, sussistente in base alla legge, tra il bene medesimo e una specifica utilizzazione per la realizzazione di fini pubblici. Ed infatti l'ordinamento pone un nesso strumentale tra bene pubblico e scopo pubblico, prevedendo, quindi, un particolare regime giuridico che investe il profilo del possibile godimento del bene, quello della sua circolazione giuridica e quello relativo alla sua tutela¹⁵. La tradizionale impostazione in materia di beni pubblici è, altresì, mutata con due sentenze delle sezioni unite della Corte di Cassazione (le nn. 3665 e 3811/2011) da cui è emerso un orientamento nuovo e costituzionalmente orientato rispetto alla natura pubblica e demaniale dei beni, prescindendo dal mero dato dominicale di appartenenza, pubblica e privata, e volto a porre in rilievo proprio il ruolo della Costituzione nell'identificazione dei beni pubblici o demaniali.

Secondo i giudici di legittimità i beni pubblici vanno considerati rispetto alla loro funzione sociale e la loro titolarità va ricondotta allo Stato-collettività e non allo Stato-apparato, il quale assurgerebbe a mero «... ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi». Sulla base di tale orientamento si giunge a ritenere che un bene immobile è da ritenersi bene comune a prescindere dal titolo di proprietà, quando funzionale alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini.

In via generale, i beni pubblici possono essere suddivisi in due sottocategorie:

- a) beni pubblici in senso stretto, che appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico;
- b) beni di interesse pubblico, che, pur appartenenti ai privati, sono regolamentati da un regime giuridico derogatorio rispetto a quello di diritto comune, in ragione della peculiare rilevanza riconosciuta agli stessi da parte della collettività.

All'interno della prima categoria, secondo la differenziazione accolta dal Codice civile (art. 822 e ss.), rientrano tanto i beni c.d. demaniali¹⁶ quanto quelli appartenenti

13 Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl., sez. pubbl.*, Vol. II, Utet, Torino, 1987, p. 273, in cui l'autore tenta di dare una definizione, sia pur di prima approssimazione, che sia la più ampia ed omnicomprensiva, riferendola nel testo anche ai c.d. beni collettivi (in quanto appartenenti, secondo gli stessi criteri, ad una comunità di abitanti).

14 CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 159 s.

15 SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 121 e ss.

16 Tali beni sono, tra l'altro, inalienabili, impignorabili, non espropriabili. Non possono formare oggetto di diritti su cosa altrui se non nei limiti previsti da norme di diritto pubblico che li riguardano. Con vari di interventi normativi, primari e secondari, si è proceduto alla c.d. sdemanializzazione, che consente attraverso uno specifico *iter* procedimentale di volta in volta stabilito, di "affrancare" il bene demaniale da tale sua qualità, prodromica alla possibilità di poterlo alienare ovvero espropriare per pubblica utilità o pubblico interesse.

al patrimonio indisponibile¹⁷. Questi ultimi sono anche definiti beni privati sia pure in titolarità pubblica e si distinguono rispetto ai beni patrimoniali c.d. disponibili, poiché, pur appartenendo a soggetti pubblici, soggiacciono di regola al diritto comune dei privati¹⁹.

Ciò posto, si è rilevato sia che la *ratio* giustificativa di questa specialità è costituita proprio dal nesso di strumentalità tra il bene e i fini istituzionali dell'ente pubblico proprietario, ciò sia quando tale nesso, come accade per i beni pubblici in senso stretto, venga previsto chiaramente dalla legge, ed è quindi diretto, sia quando non previsto espressamente dalla legge, è ricavato, per i beni privati o disponibili, in via ermeneutica dai limiti che il legislatore tratteggia per il loro godimento e per la relativa circolazione giuridica. In tal caso il nesso strumentale è configurato come indiretto perché solo incrementando le poste di bilancio si consente all'ente la realizzazione degli scopi pubblici istituzionali. A differenza di quanto accade con riferimento ai beni pubblici in senso stretto, in questo caso la pubblica amministrazione, non sussistendo un vincolo di legge, può scegliere in via discrezionale l'utilizzazione del bene rispetto ai suoi fini²⁰.

2 *Le concessioni balneari: dal contesto normativo alla cd. Direttiva Bolkestein*

Per quanto concerne il demanio pubblico, l'art. 822 del cod. civ., distingue fra demanio naturale e demanio artificiale, ravvisando la «caratteristica della demanialità nell'uso diretto e immediato del bene da parte dei cittadini, considerando il demanio militare come un demanio anomalo»; oppure, «nella destinazione del bene all'uso pubblico, inteso questo nella più lata accezione, si da comprendervi anche i beni di cui i cittadini fanno uso indiretto e mediato, spettandone l'uso diretto allo Stato nell'interesse della collettività»; ovvero identificando «i beni demaniali con i beni formanti oggetto immediato di pubblica amministrazione»²¹. A questa distinzione si aggiunge, poi, quella tra demanio necessario o riservato e demanio non riservato o accidentale; i beni del primo genere dovendo necessariamente appartenere allo Stato o ad altri enti pubblici, quelli del secondo genere, invece, potendo appartenere anche ai privati per effetto del

17 Rientrano nel patrimonio indisponibile ai sensi dell'art. 826 c.c., i tutti quei beni, sia immobili sia mobili, appartenenti alle p.a., che non rientrano tra quelli demaniali, poiché destinati «*in forza di un atto di volontà amministrativa concretamente attuato, a svolgere un servizio pubblico*». L'elencazione codicistica, che non è tassativa vista la clausola generale prevista dall'ultima parte dell'art. 826 c.c. ricomprende: le acque minerali e termali, le cave e le torbiere, le cose di interesse archeologico, paleontologico ed artistico che una volta scoperte, da chiunque ed in qualsiasi modo, entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato, nonché la fauna selvatica.

18 PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999, spec. 12 ss., in cui l'autore già rileva che: «i beni pubblici in senso stretto, vale a dire quelli demaniali (ed indisponibili), hanno da tempo perso il primato a favore del notevole ampliamento della categoria di quelli patrimoniali».

19 Questi beni, seppure in via generale siano sottoposti al diritto comune, si caratterizzano pur sempre per una disciplina peculiare che il legislatore detta, ad esempio, per quanto concerne il loro godimento e la relativa circolazione giuridica.

20 Per tutti gli altri aspetti, secondo l'orientamento prevalente, la disciplina applicabile torna ad essere quella di diritto comune, con la relativa distinzione, ad es. in materia di tutela, rispetto ai beni propriamente pubblici.

21 La demanialità non è limitata o limitabile soltanto alla categoria dei beni immobili poiché essa a seconda del bene può inerire la sua destinazione «all'uso pubblico» o «a fini di pubblico interesse» o anche la sua «importanza» quale «elemento del patrimonio spirituale della Nazione». Di conseguenza, universalità di mobili quali «le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi e delle biblioteche», costituiscono il c.d. demanio culturale per il loro rilievo storico, culturale e politico.

procedimento amministrativo di sdemanializzazione.

Il «demanio marittimo»²² presenta rilevanti profili di problematicità, tanto relativi al suo oggetto quanto al suo utilizzo, anche in considerazione della morfologia territoriale del nostro paese. Formano oggetto dello stesso, in base al combinato disposto degli artt. 822 del cod. civ. e dell'art. 28 del cod. nav. i seguenti beni: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti marittimi (così, l'art. 822 cod. civ.); nonché le «lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare» ed «i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo» (art. 28 cod. nav.), in modo da evitare possibili confusioni con le categorie di beni appartenenti al «demanio idrico». È così emersa una prima significativa distinzione tra «demanio marittimo costiero» e «demanio portuale» e, inoltre, si è reso necessario l'intervento esegetico di dottrina e giurisprudenza al fine di chiarire l'ambiguità di alcune categorie di beni compresi in tale ambito di riferimento. Rispetto all'utilizzazione, attraverso lo strumento concessorio, dei beni del demanio marittimo, ed in particolar modo delle spiagge per ovvi motivi di interesse economico, sono emerse complesse questioni sia in ragione di noti interventi in ambito eurounitario²³ che attengono principalmente ai principi di eguaglianza e di libertà di stabilimento, sia a seguito di comparazione con altri ordinamenti²⁴. La problematica principale è quella relativa all'attualità e all'efficacia del diritto di insistenza, posti gli ormai pacifici e sovraordinati principi di concorrenza e trasparenza, previsti sia per la tutela degli utilizzatori finali (individuabili, ad es., nei consumatori dei lidi), sia degli imprenditori del settore che vogliono accedere al mercato di riferimento (di per sé sensibilmente protetto) in condizioni di parità²⁵.

L'interesse pubblico cui sono destinati i beni pubblici può realizzarsi anche con un uso particolare dello stesso bene da parte di soggetti, pubblici o privati per i quali viene previsto un certo utilizzo. Tale tipo di utilizzo può fondarsi sulla legge oppure su un atto amministrativo di natura concessoria con il quale può essere escluso l'uso, in maniera assoluta o relativa, del bene pubblico da parte di altri soggetti²⁶.

I titolari della concessione esercitano diritti speciali su beni ed attività generalmente indisponibili ai privati e riservati ai pubblici poteri. In alcuni casi, i concessionari acquisiscono la titolarità di veri e propri diritti di monopolio sui beni che vengono loro conferiti. Ne consegue che chi utilizza, in via particolare, il bene pubblico in base ad un atto di concessione è titolare nei confronti dei terzi di un diritto di esclusione dall'utilizzazione dello stesso bene, diritto tutelabile sia con i mezzi e le azioni proprie del diritto comune, sia con i poteri di autotutela esecutiva. La concessione è infatti caratterizzata dal trasferimento da un ente pubblico ad un soggetto privato di poteri

22 QUERCI, voce Demanio marittimo, in Enc. dir., 92 ss.

23 Ci si riferisce, specialmente, alla nota Direttiva Servizi c.d. *Bolkestein* (Direttiva Ce 123 del "2006)

24 Sul punto giova il riferimento alla, in materia, di Francia e Spagna. «In Francia innanzitutto l'accesso alla spiaggia è libero e gratuito, la spiaggia è infatti un bene pubblico ad uso generale, nel pieno spirito dei principi della rivoluzione francese e in particolare del principio di "égalité"». Più problematica è la vicenda spagnola che pochi punti in comune presenta col caso italiano, in quanto «sono considerate libere e non si rilasciano concessioni su di esse, ma lo svolgimento di attività "ricreativo-turistica" va esercitata fuori dall'area della spiaggia».

25 MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2013, 437 ss

26 SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, G. Giappichelli Editore, 2016, pp. 121 e ss.

pubblici, ovvero di quelle peculiari situazioni soggettive capaci di produrre atti unilaterali di tipo autoritativo²⁷. Sul punto si sono espresse anche le sezioni unite precisando che «i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione dalla soddisfazione di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, la quale, anche quando si configuri come concessione-contratto – vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della p.a. e di una convenzione attuativa (contratto) –, implica sempre l’attribuzione dal privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall’amministrazione stessa con la revoca dell’atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico, con la conseguenza che, emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l’intimazione della restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada ad interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al giudice amministrativo e non in sede di giurisdizione ordinaria» (Cass., sez.un., 23 giugno 1993, n. 6950). Il sistema italiano di affidamento delle concessioni demaniali ha da sempre posto problemi di compatibilità con il principio comunitario della libertà di concorrenza all’interno degli Stati membri dell’Unione europea, previsto e disciplinato dagli artt. 101 e seguenti del TFUE. Tuttavia, nella fase storica in cui le spiagge venivano in rilievo sotto l’aspetto bellico-mercantile ovvero quale mero approdo per il commercio e come struttura di difesa militare non sussistevano rilevanti dubbi di compatibilità tra la relativa disciplina concessoria ed il principio della libertà di concorrenza. Ed invero, la stessa previsione di cui all’art. 37, comma 2 cod. nav., recante la previsione di un diritto di insidenza in capo ai titolari di concessioni demaniali marittime, e cioè uno *ius prelationis* di questi, a parità di condizioni, rispetto ad altri aspiranti concessionari, in sede di rinnovo della concessione marittima, non destava alcun profilo di distorsione del fenomeno concorrenziale. Le prime criticità emersero a cavallo tra gli anni 60-70, quando l’affermarsi di un turismo di massa mutò la concezione delle stesse spiagge, considerate, ora, come oggetto di attività economica e fonte di produzione della ricchezza. Sulla base di siffatte premesse una disciplina volta a tutelare esclusivamente i titolari delle concessioni attuali a danno degli altri operatori economici aventi interesse al rilascio della stessa concessione, si poneva in plastica contraddizione con il principio della libertà di concorrenza. Nonostante, nel corso del tempo, il Giudice amministrativo avesse provato ad offrire un’interpretazione comunitariamente orientata della normativa di settore, il contrasto tra principi europei e diritto di insidenza, cui è correlato il diritto al rinnovo automatico delle concessioni in scadenza ex l. n. 10/2001, è stato ritenuto insanabile a seguito dell’emanazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno n. 06/123/CE del 12 dicembre 2006.

La c.d. Direttiva servizi o *Bolkestein*²⁸ è infatti diretta a tratteggiare una geometria normativa di riferimento volta a garantire la libera circolazione dei servizi nel mercato unico, eliminando gli ostacoli “alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri”. Essa prende in considerazione la quasi totalità del settore dei servizi – che movimentava il 65 per cento del PIL europeo –, dal commercio al dettaglio alle attività professionali fino al turismo

27 DE GIORGI CEZZI, *Le concessioni di beni pubblici e il processo di privatizzazione, Report Annuale -2011- Italia*, in www.ius-publicum.com, 6/2011

28 Dal nome del Commissario europeo per il mercato interno, *Frits Bolkenstein*.

ed ai servizi ricreativi. Sono invece esclusi i servizi finanziari, i servizi delle agenzie di lavoro interinale ed il gioco d'azzardo. Nello specifico la *Bolkestein* garantisce alle imprese di servizi di la possibilità di stabilirsi in paesi europei diversi da quello di appartenenza, come accade abitualmente, da tempo, per il mercato dei beni. Al fine di perseguire tale scopo prevede semplificazioni nelle regolamentazioni nazionali, l'abolizione degli ostacoli burocratici e la creazione di sportelli unici in ogni paese che facciano da punti di riferimento per tutti le imprese di servizi che volessero operare in un paese europeo. In questa prospettiva il legislatore comunitario ha inteso disciplinare anche le autorizzazioni il cui numero sia limitato "per via della scarsità delle risorse naturali" (62° considerando). In tale considerando, le linee di intervento della Direttiva sono infatti dirette a garantire:

a) il principio di concorsualità tra gli aspiranti all'utilizzazione economica delle risorse; principio cui fanno da corollario i principi di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza;

b) l'adeguatezza e la proporzionalità della durata dell'autorizzazione relativamente alla necessità di garantire la remunerazione degli investimenti compiuti dal prestatore, principio cui fanno da corollario il divieto di rinnovo automatico e l'esclusione di ragioni di preferenza a favore del prestatore uscente²⁹.

Il citato 62° ha trovato attuazione all'art. 12 ("Selezione tra diversi candidati"), che si riferisce, nello specifico, ai casi in cui il numero di «autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili»³⁰. Secondo la Commissione U.E., considerato che all'art. 12 della Direttiva servizi dovrebbero essere ricondotte anche le concessioni di beni pubblici e ritenendo quindi che le disposizioni della Direttiva servizi fossero incompatibili con il c.d. diritto di insistenza di cui all'art. 37, comma 2°, cod nav., la stessa apriva, ex art. 258 TFUE, la procedura di infrazione comunitaria n. 2008/4908. A giudizio della Commissione infatti la disciplina nazionale risultava incompatibile con gli obblighi di cui all'art. 43 del Trattato di Roma (ora art. 49 TFUE) relativi alla libertà

29 «...nel caso in cui il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche, è opportuno prevedere una procedura di selezione tra diversi candidati potenziali, al fine di sviluppare, tramite la libera concorrenza, la qualità e le condizioni di offerta di servizi a disposizione degli utenti. Tale procedura dovrebbe offrire garanzie di trasparenza e di imparzialità e l'autorizzazione così rilasciata non dovrebbe avere una durata eccessiva, non dovrebbe poter essere rinnovata automaticamente o conferire vantaggi al prestatore uscente. In particolare, la durata dell'autorizzazione concessa dovrebbe essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto è necessario per garantire l'ammortamento degli investimenti e la remunerazione equa dei capitali investiti. La presente disposizione non dovrebbe ostare a che gli stati membri limitino il numero di autorizzazioni per ragioni diverse dalla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche. Le autorizzazioni in questione dovrebbero comunque ottemperare alle altre disposizioni della presente direttiva relative ai regimi di autorizzazione».

30 Art. 12 ("Selezione tra diversi candidati") della Direttiva n. 2006/123/CE: «1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario».

di stabilimento dato che prevedeva il diritto di insistenza in capo al concessionario uscente nelle procedure di affidamento di concessioni demaniali marittime. Inoltre, con nota del 4 agosto 2009 la Direzione generale del mercato interno e dei servizi della Commissione Europea contestava che il c.d. diritto di insistenza fosse contrario, oltre che all'art. 43 TUE, anche all'art. 12 ("Selezione tra diversi candidati") della Direttiva *Bolkestein*. L'art. 37 cod. nav³¹. non avrebbe garantito una procedura di selezione imparziale e trasparente, in mancanza di adeguata pubblicità sul suo avvio, svolgimento e completamento. Allo stesso modo, a giudizio della Commissione Europea, il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza, sarebbe stato contrario al § 2 del medesimo art. 12 Dir. 123/2006/CE. L'ordinamento interno italiano, infatti, prevedeva in favore degli operatori economici già stabiliti sul territorio nazionale privilegi tali da dissuadere o da impedire l'accesso al mercato rilevante di nuovi operatori economici. Da ultima, quindi, emergeva la violazione dell'art. 49 TFUE, che vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o alla sede per quanto riguarda le società, ma anche quelle, che, sebbene dissimulate, pur basate su altri criteri di distinzione, producano il medesimo effetto³².

In risposta alla procedura di infrazione, Il Governo con l'art. 1, comma 18, d.l. 30 dicembre 2009, n. 194 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative) conv. in legge 26 febbraio 2010, n. 25, abrogò il diritto di insistenza introducendo, tuttavia, un regime transitorio favorevole ai concessionari uscenti, prorogando la durata delle concessioni in essere al 30 dicembre 2009, prima sino 31 dicembre 2015, poi con l'art. 34-*duodecies* d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 conv. in legge 17 dicembre 2012, n. 221 sino al 31 dicembre 2020.

Pur abrogando il c.d. diritto di insistenza, il provvedimento del Governo, tuttavia, faceva salva la regola del rinnovo automatico delle concessioni demaniali marittime turistico-ricreative, introdotta dall'art. 10 legge n. 88/2001, mantenendo in vigore la norma secondo la quale tali concessioni potessero «avere durata superiore a sei anni e comunque non superiore a venti anni», fermo restando la regola del rinnovo automatico tacito delle stesse³³. Successivamente, con un'ulteriore lettera di messa in mora complementare 2010/2734 del 5 maggio 2010, la Commissione Europea contestava pertanto al Governo Italiano tale decisione poiché riteneva la stessa volta a ripristinare la disciplina che, diversamente, si intendeva abrogare. Si ribadiva l'incompatibilità del rinnovo automatico con i principi in tema di libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE e positivizzati nella Direttiva servizi. Secondo il giudizio della Commissione, anche nel caso in cui si ritenesse non applicabile l'art. 12 della Direttiva servizi, le norme che contemplano il rinnovo delle concessioni marittime a favore dell'operatore uscente, «devono essere considerate contrarie al principio della libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE». Con l'obiettivo di porre fine alla messa in mora complementare, la c.d. Legge comunitaria 2010 (legge 15 dicembre 2011, n. 217) abrogò il regime di

31 Sulla portata dell'art. 37, ante e post riforma, v.: C. di S., sez., V, 21.11.2011, n. 6132; TAR Liguria, sez. I, 24.4.2013, n. 718, in www.lexitalia.it.

32 Non ricorrendo, tra l'altro, nel caso di specie, alcuna delle ipotesi in presenza de quali sarebbe stato ammesso derogare al principio di libertà di stabilimento agli artt. 51 e 52 TFUE

33 Prevista dall'art. 01, comma 2°, del medesimo d.l. n. 400/1993 conv. in legge n. 494/1993, come novellato dalla ricordata Legge Baldini.

rinnovo automatico³⁴, previsto dalla c.d. legge Baldini.

3 *La delega per il riordino delle concessioni demaniali*

A fine 2012, come ricordato, nonostante il parere contrario del Governo, è stata operata una proroga delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 e in scadenza il 31 dicembre 2015 fino al 31 dicembre 2020. Per quanto concerne la legittimità di tale regime transitorio dal punto di vista costituzionale, la giurisprudenza amministrativa³⁵ ha rilevato che la prima proroga al 2015 coincidesse con la durata minima delle concessioni, costituendo perciò «un’ultima proroga, la cui ragione può essere individuata nella necessità di far rientrare dagli investimenti gli operatori che avevano comunque fatto affidamento sulla precedente legislazione in materia di diritto di insistenza, dando loro il tempo necessario all’ammortamento delle spese sostenute»³⁶. Un argomento decisivo a favore della costituzionalità del regime di proroga è stato poi ricavato, sempre dalla sezione VI del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1307 del 17 marzo 2014. Innanzitutto, la pronuncia in esame, quanto alla compatibilità della proroga della durata delle concessioni demaniali marittime con l’art. 12 della Direttiva servizi, ha aderito all’indirizzo maggioritario, inaugurato dal T.A.R. Campania, sezione staccata di Salerno, con la sentenza 27 settembre 2011, n. 1586³⁷, secondo cui tale direttiva non sarebbe self-executing. Rispetto ai profili di costituzionalità si è poi rilevato che la Corte Costituzionale con sentenza 18 luglio 2011, n. 213, dichiarando l’illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute in leggi regionali, aventi ad oggetto la proroga di concessioni demaniali marittime, ha riconosciuto al comma 1° dell’art. 18 d.l. n. 194/2009 conv. in legge n. 25/2010 “carattere transitorio”, in attesa della revisione della legislazione in materia. La finalità del legislatore «è stata, dunque, quella di rispettare gli obblighi comunitari in materia di libera concorrenza e di consentire ai titolari di stabilimenti balneari di completare l’ammortamento degli investimenti nelle more del riordino della materia, da definire in sede di Conferenza Stato-Regioni». Sulla base delle medesime argomentazioni va poi considerata legittima anche la seconda proroga, disposta dal ricordato art. 34-duodecies d.l. n. 179/2012, in considerazione del fatto che il ciclo di vita di uno stabilimento balneare ha una durata non definibile e che gli investimenti compiuti dai concessionari sono particolarmente ingenti.

Di segno opposto, invece, l’orientamento della CGUE che, sul punto, ha rilevato l’illegittimità della proroga generalizzata delle concessioni demaniali marittime,

34 È da rilevare che alcune Regioni hanno tentato di procedere alla riforma della disciplina in materia, avendo quale orizzonte comune il rinnovo automatico delle concessioni in scadenza oltre il termine del 31 dicembre 2015. Tali iniziative, una volta sottoposte al giudizio della Corte Costituzionale non ne hanno tuttavia superato il controllo di costituzionalità.

35 Cons. St., sez. VI, 16 maggio 2013, n. 2663

36 Secondo i giudici amministrativi, «il legislatore ha effettuato un contemperamento degli interessi coinvolti, operando un adeguamento ai principi comunitari senza pregiudicare gli interessi degli operatori del settore»

37 Rileva il T.A.R. Salerno: «il legislatore, dunque, non attua un “rinnovo” attraverso la previsione di una nuova concessione che si sostituisce alla precedente in via automatica e senza procedura selettiva. Agisce piuttosto sulla concessione in essere, non rinnovando l’atto ma limitandosi ad allungarne il termine di efficacia, così disponendone una mera “proroga”». Ciò posto, la disciplina transitoria appare conseguenza «di una scelta ragionevole del legislatore nazionale, finalizzata non all’elusione della disposizione comunitaria ma ad una più efficace attuazione (da realizzarsi attraverso l’emanazione di una completa ed organica regolamentazione nazionale della materia) dei principi da essa affermati, nel contempo consentendo agli attuali concessionari anche l’ammortamento degli investimenti, interesse quest’ultimo, per come si è sopra detto, comunque non estraneo alle valutazioni dell’organo comunitario»

riconoscendo, tuttavia, che è consentito agli Stati membri tenere conto, nello stabilire la procedura di selezione, di motivi imperativi di interesse generale, quali, in particolare, la necessità di tutelare il legittimo affidamento. Secondo la Corte, per quanto concerne l'applicazione della direttiva, spetta al giudice nazionale verificare se le concessioni italiane debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni in ragione della scarsità delle risorse naturali.

A seguito di tale pronuncia, con il d.l. n. 113 del 2016, convertito dalla Legge 7 agosto 2016, n. 160. (c.d. decreto enti territoriali del 2016), in attesa di un complessivo intervento di riordino della materia, è stata approvata una norma-ponte per prorogare le concessioni.

Successiva è l'approvazione alla Camera³⁸ di un disegno di legge delega, con il quale, nelle intenzioni del legislatore, entro sei mesi a decorrere dall'entrata in vigore della legge il Governo dovrà emanare uno più decreti legislativi di revisione del settore delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali ad uso turistico-ricreativo. La disciplina di prossima emanazione dovrà porsi nel pieno rispetto della normativa europea, con particolare riferimento alle previsioni dell'articolo 12, comma 3, della direttiva *Bolkestein*, che consente agli Stati membri di considerare, nella determinazione delle regole previste per la procedura di selezione del prestatore del servizio, di cautele di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale, conformi al diritto eurounitario.

Il testo del disegno di legge delega prevede che dovranno essere assicurate procedure di selezione caratterizzate da adeguata pubblicità sia nella fase di avvio che in quella di svolgimento, in modo da assicurare imparzialità e trasparenza. Dovranno essere previsti "adeguati limiti minimi e massimi di durata delle concessioni"³⁹, tenendo conto, inoltre, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali, della professionalità acquisita nell'esercizio delle attività relative alle concessioni in parola.

Nell'adottare i decreti il Governo dovrà agire nel rispetto del principio del legittimo affidamento, tutelando, per quanto possibile le istanze dei concessionari che hanno compiuto investimenti su quella attività economica, nella convinzione di vedersi prorogata la concessione. La disciplina dovrà essere poi conformata a tutta una serie di ulteriori criteri e i principi direttivi quali: il rispetto della concorrenza, della qualità paesaggistica e sostenibilità ambientale, della libertà di stabilimento, della garanzia dell'esercizio e sviluppo delle attività imprenditoriali nonché del riconoscimento e tutela degli investimenti, dei beni aziendali e del valore commerciale; la riconsiderazione della misura dei canoni concessori, con l'applicazione di valori tabellari, tenendo conto della tipologia dei beni oggetto di concessione; il coordinamento formale e sostanziale delle

38 Disegno di legge C. 4302 Presentato il 15 febbraio 2017 - abbinata con C. 2142, C. 2388, C. 2431, C. 3492

39 Sul punto, gli interventi della giurisprudenza europea e nazionale sulla questione della "durata" minima e massima delle concessioni sono stati limitati ai regimi di proroga o rinnovo e mai sul merito della stessa. Nell'ordinamento nazionale, relativamente ad altri tipi di concessione, le previsioni di durata sono disciplinate in modo molto differente, proprio in ragione della loro importanza e omogeneità. Quindi, al pari di altre concessioni come, ad esempio, quelle autostradali si rinvia al decreto attuativo per l'individuazione di una durata congrua, nel rispetto dei principi comunitari e delle prassi considerate legittime.

disposizioni legislative vigenti in materia. Saranno poi previsti criteri premianti per strutture a basso impatto ambientale e per quelle che offrono servizi di fruibilità della infrastruttura e della spiaggia ulteriori rispetto a quelli già previsti per legge a favore delle persone disabili.

La nuova disciplina imporrà ragionevoli limiti minimi e massimi di durata delle concessioni⁴⁰, demandando alle Regioni⁴¹ il compito di specificare, con specifica legge, il numero massimo di concessioni assegnabili al singolo operatore. Saranno inoltre individuate sia le modalità procedurali per, eventualmente, dichiarare la decadenza e la revoca dalle concessioni, sia, in favore dei soggetti privati subentranti, criteri di subentro caratterizzati da congrue forme di garanzia. In attesa dell'applicazione delle nuove regole di assegnazione, verrà individuato un adeguato periodo transitorio per l'applicazione della disciplina di riordino alle concessioni in essere al 31 dicembre 2009 durante il quale si provvederà a disciplinare gli effetti giuridici degli atti di pianificazione territoriale e dei relativi strumenti di programmazione negoziata, stipulati tra le amministrazioni competenti e le associazioni maggiormente rappresentative, su base nazionale, delle imprese del settore, avendo quale obiettivo il miglioramento dell'offerta turistica e la riqualificazione dei beni demaniali. Premesso che, in via generale, la normativa in parola non trova applicazione rispetto alle società ed alle associazioni sportive dilettantistiche e agli enti pubblici preposti a servizio di pubblico interesse, l'eccezione è rappresentata dalla disciplina riguardante i canoni concessori, caratterizzata da un'ampia revisione del relativo sistema di calcolo mediante la classificazione dei beni in un minimo di tre categorie di valenza turistica, superando, oltretutto, i cosiddetti valori dell'Osservatorio immobiliare italiano⁴². Ineludibile si è ritenuta anche la revisione delle norme afferenti alle concessioni ad uso abitativo attraverso la determinazione di criteri di gestione, modalità di rilascio e termini di durata della concessione stabilendo che, nel caso di una pluralità di domande di concessione, venga preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga farne un uso che, secondo l'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

In conclusione, aderendo alle tendenze legislative emerse prepotentemente negli ultimi anni, rilevante è anche la previsione di prescrizioni in materia di trasparenza che, da un lato, obbligano i Comuni a rendere pubblici, tramite i propri siti *web*, i dati concernenti l'oggetto delle concessioni e dei relativi canoni e che, dall'altro, prevedono l'obbligo per i concessionari di pubblicizzare tali dati anche sui propri siti Internet⁴³.

40 Dovrebbe essere introdotto un divieto di detenere più di due o tre concessioni per evitare concentrazioni lontane dal modello della piccola impresa.

41 Sono fatte salve le potestà attribuite alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome dai rispettivi statuti speciali e dalle relative norme di attuazione.

42 Si tratta di valori che in molti casi hanno creato un impatto molto pesante per un gran numero di imprese che hanno visto aumentare i canoni del 3.000 per cento

43 http://www.deputatipd.it/files/documenti/233_DelegaRiordinoConcessioniDemaniali.pdf

" In assenza di un esplicito divieto legislativo anche un docente di seconda fascia può ricoprire la carica di Direttore di un Istituto di Alta formazione artistica e musicale (AFAM) "

Elia Scafuri

Avvocato

Abstract

For the election of the Director of AFAM Institutes, in the absence of contrary declared ban in this sense, even a second level professor can present himself as a candidate, therefore eligible

Keywords: *Director of AFAM Institutes – electorate of first and second level professors – annulment of elections ex art. 21–nonies l. 241/1990 –*

Nel procedimento di elezioni del Direttore di un Istituto AFAM è candidabile e, dunque, eleggibile, anche un docente di seconda fascia in assenza di un esplicito divieto legislativo in tal senso

Parole chiave: *Direttore Istituto AFAM – elettorato di prima e seconda fascia – annullamento delle elezioni ex art. 21–nonies l. 241/1990 –*

Stante l'assenza di un esplicito divieto legislativo, la carica di Direttore di un Istituto AFAM può essere ricoperta anche da un docente di seconda fascia. È illegittimo, dunque, il provvedimento di secondo grado di annullamento delle elezioni ex art. 21-nonies della legge n. 241/1990, che si fonda sul sopravvenuto accertamento dell'incandidabilità di uno dei docenti ammessi all'elettorato passivo in quanto docente di seconda fascia

Tar Napoli, sez. IV, ordinanza cautelare n° 1844/2017 del 25 novembre 2017

*** (Omissis)

Considerato che, ad un primo sommario esame proprio della fase cautelare, il ricorso appare assistito da plurimi profili di fondatezza, tenuto conto della natura di provvedimento discrezionale di secondo grado, in relazione:

i) alla posizione di conflitto di interesse rivestito dal Direttore uscente, quale persona fisica rispetto alla quale l'adozione dell'atto impugnato con ricorso originario conserva un suo personale vantaggio;

ii) alla mancata ponderazione di un attuale interesse pubblico alla demolizione dell'atto di attestazione di esito delle elezioni, in punto di incidenza della presenza di un candidato asseritamente privo dei requisiti di elettorato passivo, tenuto anche conto del sistema elettorale strutturato su un turno primario ed un turno di ballottaggio;

iii) alla mancanza di espresso divieto per un professore di II fascia di ricoprire la carica in questione;

Ritenuto che emerge anche un danno irreparabile derivante dall'approssimarsi dello svolgimento delle nuove elezioni;

P.Q.M.

*** (Omissis) Nota a provvedimento

Sommario

Premessa: un'ordinanza peculiare - 1. Il caso di specie - 2. Il merito della vicenda in esame: la possibilità per un docente di seconda fascia di candidarsi e, dunque, essere eletto come Direttore di un Istituto AFAM - 3. Il provvedimento di secondo grado di una Pubblica amministrazione in caso di accertate irregolarità: atto discrezionale o vincolato? - 4. Osservazioni conclusive al provvedimento.

Premessa: un'ordinanza peculiare

Con la recente ordinanza in esame (n. 1844/2017, sez. IV), il Tar Napoli si è espresso in sede cautelare su una vicenda di cronaca napoletana che sta godendo di grande visibilità mediatica e che vede come protagonista l'uscente Direttore del Conservatorio di musica San Pietro a Majella di Napoli.

Questi, in qualità di legale rappresentante dell'Istituzione e titolare della procedura di rinnovo delle elezioni per la carica del (nuovo) Direttore del Conservatorio di musica per il triennio 2017/2020, annullava ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 la procedura elettorale tenutasi, sulla base del sopravvenuto accertamento della

incandidabilità¹ - circostanza accertata e segnalata dal Ministero dell'Istruzione sotto la cui vigilanza è posto il Conservatorio - di uno dei docenti ammessi dalla Commissione elettorale all'elettorato passivo nel procedimento *de quo*.

Contro tale atto, emanato in autotutela, il candidato risultato vittorioso alle elezioni (poi annullate) ricorreva innanzi al Tar partenopeo sostenendo - per quanto qui di interesse - l'illegittimità del provvedimento impugnato per contrasto con il Regolamento elettorale d'istituto e con la normativa in materia, che non disporrebbero un espresso divieto alla candidabilità dei docenti di seconda fascia nella procedura in parola.

Il Collegio amministrativo, seppure sulla base di un esame sommario, emanava l'ordinanza in esame, ritenendo il ricorso assistito da plurimi motivi di fondatezza, che saranno di qui a breve esaminati, e ravvisando nella specie la sussistenza di entrambi i requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Il provvedimento va a collocarsi nello scenario tanto affascinante quanto complesso del funzionamento e dell'organizzazione delle Istituzioni di Alta formazione artistica, musicale e coreutica (AFAM).

A meri fini chiarificatori occorre premettere che il comparto AFAM raggruppa tutte le Istituzioni della formazione superiore italiana il cui scopo consiste nella formazione nei settori dell'arte della musica, della danza e del teatro, che comprende, essenzialmente: le Accademie di Belle Arti; le Accademie Nazionali di Arte Drammatica e di Danza; gli Istituti Superiori per le Industrie Artistiche (ISIA); i Conservatori di Musica e gli Istituti superiori di studi Musicali².

Com'è noto, a tali Istituzioni - che costituiscono il c.d. sistema dell'Alta formazione e specializzazione artistica e musicale riformato con legge n. 508/1999³ e ss.mm.ii. - la Carta costituzionale (art. 33) riconosce il diritto di dotarsi di autonomi ordinamenti.

Anche i Conservatori di musica rientrano, evidentemente, nel novero delle Istituzioni del comparto AFAM e godono di personalità giuridica e piena capacità di diritto pubblico, nonché di autonomia organizzativa, statutaria, didattica, scientifica, amministrativa, finanziaria e contabile ai sensi del d.p.r. n. 132/2003 (regolamento emanato ex art. 21 della citata legge n. 508)⁴. Sebbene, dunque, siano dotati di ampia autonomia, i medesimi sono sottoposti alla vigilanza del Ministro dell'Università e della Ricerca scientifica e tecnologica (MIUR), che esercita poteri di programmazione, indirizzo e coordinamento.

Tanto brevemente premesso, come si diceva poco sopra, l'ordinanza in esame è destinata ad incidere, con risvolti pratici di non poco momento:

1 La situazione di incandidabilità riguardava la circostanza per la quale uno dei docenti ammessi all'elettorato passivo dalla Commissione elettorale, come si dirà meglio di qui a poco, è un docente di seconda fascia: circostanza in contrasto con quanto stabilito, sul punto, dallo stesso Statuto del Conservatorio napoletano (art. 6, comma 2) e dal Regolamento elettorale interno (combinato disposto degli artt. 3, comma 1 e 2, comma 1), nonché da quanto previsto dalla normativa in materia (art. 6, comma 2, d.p.r. n. 132/2003).

2 Parallelamente alle istituzioni statali, per i diversi settori della formazione artistica, esistono istituzioni private autorizzate a rilasciare titoli di Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica ai sensi dell'art. 11 del d.p.r. 8 luglio 2005, n. 212 (decreto del Presidente della Repubblica 8 luglio 2005, n. 212, *Regolamento recante disciplina per la definizione degli ordinamenti didattici delle Istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica, a norma dell'articolo 2 della legge 21 dicembre 1999, n. 508*, in G.U. n. 243 del 18 ottobre 2005)

3 Legge 21 dicembre 1999, n.508 di *Riforma delle Accademie di belle arti, dell'Accademia nazionale di danza, dell'Accademia nazionale di arte drammatica, degli Istituti superiori per le industrie artistiche, dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati*, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 2 del 4 gennaio 2000.

4 Decreto del Presidente della Repubblica 28 febbraio 2003, n.132, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* 13 giugno 2003 n.13, *Regolamento recante criteri per l'autonomia statutaria, regolamentare e organizzativa delle istituzioni artistiche e musicali, a norma della legge 21 dicembre 1999, n. 508*.

in via generale, sulla procedura delle elezioni dei Direttori di musica dei conservatori italiani, delicata carica che incarna l'organo di governo e di gestione responsabile dell'andamento didattico, scientifico ed artistico dell'Istituzione musicale e ne detiene la rappresentanza legale con riguardo a tali attività;

in via particolare, sulle sorti di quello che per storia ed importanza è il più antico conservatorio musicale italiano, vantando ben quattro secoli di tradizione artistica e musicale⁵. Ciò tanto più ove si consideri che a far data dal provvedimento di annullamento delle elezioni *de quibus*, in assenza di nomina ministeriale del nuovo Direttore e alle porte dell'inaugurazione del nuovo anno accademico, il Direttore uscente versa in regime di *prorogatio* al fine di scongiurare un'ingiustificata *vacatio* degli organi amministrativi dell'Istituto musicale e di garantire il migliore funzionamento dello stesso.

Un'ordinanza peculiare, dunque, che se confermata dal provvedimento definitivo del giudizio, è destinata rimettere in discussione quella che appariva come una questione giurisprudenziale ormai sopita e che reputava idonei a concorrere per la carica di Direttore degli Istituti AFAM i soli docenti di prima fascia.

1 *Il caso di specie*

Lo scorso maggio il Direttore (uscente) del prestigioso Conservatorio napoletano di musica San Pietro a Majella, in scadenza di mandato, indiceva con decreto le elezioni del (nuovo) direttore per il triennio 2017/2020, contestualmente calendarizzando le operazioni elettorali a farsi.

Come da suddetta calendarizzazione la Commissione elettorale si insediava e provvedeva ad esaminare la totalità delle domande pervenute, verificando la sussistenza in capo a ciascuno dei candidati dei requisiti di ammissibilità all'elettorato passivo, sì come previsti dallo Statuto del Conservatorio di Napoli e dal Regolamento interno per le elezioni del Direttore⁶, nonché dal medesimo decreto direttoriale sopra menzionato e dalla vigente normativa in materia. Tutti i candidati che avevano presentato domanda venivano, dunque, ammessi all'elettorato passivo.

Riunitosi il seggio elettorale, le votazioni si tenevano a fine giugno, all'esito delle quali il ricorrente del giudizio in esame riportava il maggior numero di voti con uno scarto poco significativo e veniva pertanto ammesso, insieme alla docente che risultava seconda, al turno di ballottaggio che si teneva pochi giorni dopo. Ancora una volta il ricorrente, con uno scarto stavolta di molto significativo, sull'altro candidato, riportava il maggior numero di preferenze. Pertanto, con decreto della Commissione elettorale il primo veniva proclamato Direttore del Conservatorio napoletano per il triennio

5 Il Conservatorio di musica San Pietro a Majella di Napoli, ubicato nel cuore della Napoli autentica, tra le mura di un suggestivo convento cinquecentesco che ospita anche una delle biblioteche musicali più antiche e pregiate al mondo e un archivio storico che aggrega quello degli istituti assistenziali cinquecenteschi napoletani di Santa Maria di Loreto, Sant'Onofrio a Capuana e Santa Maria della Pietà dei Turchini, istituti poi confluiti nell'ottocentesco Regio Conservatorio di Musica di Napoli, vanta una tradizione artistica e musicale di oltre quattro secoli. DI GIACOMO, S., *I quattro antichi conservatorii musicali di Napoli*, Milano, R. Sandron, 1928.

6 Lo Statuto del Conservatorio di Napoli è stato approvato dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 7 luglio 2005; il Regolamento per le elezioni del Direttore è stato approvato dal Consiglio di Amministrazione nella seduta del 15 febbraio 2008. Con riguardo all'autonomia dell'Istituto musicale napoletano, già all'art. 1 dello Statuto del Regio Conservatorio di Napoli del 1890 si può leggere: "*Il Regio Conservatorio di Musica di Napoli è un ente autonomo, posto sotto la dipendenza del Ministero della Pubblica Istruzione ed ordinato all'insegnamento della musica nelle varie sue manifestazioni, nonché agli studi letterari adatti a compiere l'istruzione degli alunni d'ambo i sessi*" (Statuto del Regio Conservatorio di Musica di Napoli, Napoli, Stabilimento Tip. Tocco, 1890).

2017/2020.

Successivamente, a fine luglio - nelle more dell'adozione del decreto di nomina del nuovo Direttore da parte del Ministero dell'Istruzione a tanto competente - perveniva al Conservatorio di Musica una nota di richiesta di chiarimenti dello stesso Ministero, a firma del Direttore Generale, avente ad oggetto: *“Esposto anonimo sull'accertamento della regolarità della nomina del Direttore”*. E invero, a seguito di una segnalazione anonima pervenuta al Miur su *“(…) presunte irregolarità nello svolgimento della procedura di selezione”*, consistenti nella circostanza che *“(…) uno dei 5 candidati costituenti la rosa scelta dall'Amministrazione non sarebbe stato in possesso dei requisiti di eleggibilità richiesti per il conferimento dell'incarico di Direttore dell'Istituzione”*, tramite suddetta nota il Ministero chiedeva all'Istituto musicale di fare chiarezza sulla vicenda in questione.

In risposta a tale richiesta il Conservatorio, dunque, descriveva *“(…) dettagliatamente il calendario e gli adempimenti relativi alle operazioni di voto tenutesi presso il Conservatorio di Musica di Napoli in occasione dell'elezione del Direttore per il triennio 2017/2020”*.

Riscontrando i chiarimenti forniti dall'Istituto musicale sulla base dei documenti offerti in comunicazione, il Miur con un'ulteriore nota indirizzata al Conservatorio, in particolare al Presidente dell'Istituto musicale e al suo Direttore uscente, evidenziava come:

“(…) Dalla lettura degli atti trasmessi emerge che tra le cinque candidature esaminate dalla Commissione elettorale è stata accolta quella di un docente di seconda fascia in contrasto con quanto disposto sia dallo Statuto (art. 6 comma 2: “Il Direttore è eletto dai Docenti dell'Istituzione e dagli Accompagnatori al Pianoforte tra i Docenti, anche di altre Istituzioni, in possesso di particolari requisiti di comprovata professionalità stabiliti con il regolamento di cui all'art. 2 comma 7 lettera a della legge” [n. 508/1999]) che dall'apposito regolamento adottato dall'Istituzione (art. 3, comma 1: “Possono concorrere all'elezione del Direttore del Conservatorio di Musica di Napoli i docenti, anche di altre Istituzioni, (...)”, in combinato disposto con l'art. 2, comma 1: “L'elettorato attivo è riservato ai docenti e agli accompagnatori al pianoforte in servizio attivo presso il Conservatorio di Musica San Pietro a Majella di Napoli (...)”,

“(…) Tale circostanza rende evidentemente vulnerabili le elezioni ed il conseguente decreto ministeriale di nomina del nuovo Direttore, poiché il numero di voti validi riportati dal candidato ammesso illegittimamente avrebbe potuto determinare un risultato diverso delle operazioni del primo turno, conseguentemente l'ammissione al ballottaggio di un candidato differente e, in ipotesi, un esito diverso della procedura elettorale”.

Pertanto, il Ministero concludeva: *“(…) Atteso che l'esito della procedura elettorale inficiata dal vizio sopra evidenziato, sul quale occorre richiamare l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato-Sez. VI nella sentenza n. 6839 del 27 dicembre 2011, non supera la “c.d. prova di resistenza”, occorre che codesta Istituzione, titolare e, quindi, responsabile del procedimento in parola, valuti ai sensi della normativa vigente in materia (in particolare l'art. 21-nonies della legge 241 del 1990), la possibilità di adottare ogni opportuno provvedimento di autotutela”*.

Il Ministero “vigilante”, dunque, sulla base degli atti e dei documenti esaminati, affermava che:

tra le cinque candidature ammesse all'elettorato passivo la Commissione elettorale aveva accolto quella di un docente di seconda fascia e che tale circostanza si poneva in aperto contrasto sia con l'art. 6, comma 2, dello Statuto del Conservatorio, sia con il Regolamento interno delle elezioni (alla luce del combinato disposto degli artt. 3, comma 1 e 2, comma 1) e con quanto previsto in materia dal citato regolamento n° 132/2003 (art. 6, comma 2);

tale accertata irregolarità aveva reso vulnerabile l'intera procedura elettorale il cui risultato, alla luce del numero di preferenze accordate dal corpo elettorale al docente illegittimamente ammesso all'elettorato passivo, non era in grado di superare la c.d. "prova di resistenza"⁷ ed era stato irrimediabilmente compromesso, con la conseguente impossibilità, per il Ministero stesso, di addivenire al decreto di nomina del nuovo Direttore.

E invero, con riguardo al punto *sub a*), il Ministero richiamava l'orientamento del Supremo Consesso amministrativo (sentenza n. 6839/2011) sulla corretta interpretazione dell'art. 6, comma 2, del d.p.r. 28 febbraio 2003, n. 132 in materia di elettorato attivo e passivo nella procedura delle elezioni dei direttori degli Istituti AFAM, di cui si dirà meglio di qui a poco (*sub 3*).

Con riguardo al punto *sub b*) il Miur, sulla base del conteggio dei voti ricevuti al primo turno dai candidati ammessi, verificava che le preferenze accordate al docente di seconda fascia illegittimamente ammesso, se destinate ad altro candidato, avrebbero potuto ribaltare già il risultato del primo turno, decidendo il nuovo Direttore, ovvero portare un diverso candidato al secondo turno, in ballottaggio con l'odierno ricorrente. L'esito della procedura, dunque, si rivelava come minato da tali irregolarità e la volontà elettorale appariva come viziata.

Alla luce della nota ministeriale, dunque, il Direttore del Conservatorio di Musica di Napoli San Pietro a Majella in carica (uscente), addiveniva ad annullare in autotutela, *ex art. 21-nonies* della legge n. 241/1990, la procedura delle elezioni del Direttore per il triennio 2017/2020.

Avverso tale provvedimento ricorreva il docente nominato dalla Commissione elettorale nuovo Direttore del Conservatorio napoletano, chiedendo l'annullamento, previa sospensiva e misura cautelare monocratica urgente, del decreto del Direttore di annullamento delle elezioni in quanto violativo della legge e dello Statuto del conservatorio e degli atti ad esso preordinati, connessi e consequenziali.

Il Collegio adito, respingendo la richiesta di misura cautelare urgente, fissava la trattazione della domanda cautelare in sede collegiale per la Camera di Consiglio.

Medio tempore, in data 30 ottobre 2017, con nuovo decreto il Direttore uscente provvedeva ad indire le elezioni per il triennio 2017/2020.

Avverso tale provvedimento veniva proposto ricorso per motivi aggiunti, adducendosene l'illegittimità propria e derivata e chiedendone l'annullamento con il conseguente accoglimento del ricorso per motivi aggiunti, del ricorso originario, della domanda cautelare e della misura cautelare monocratica urgente spiegata.

Il Collegio adito, ancora una volta, respingeva l'avversa richiesta di misure cautelari monocratiche, confermando per la trattazione collegiale della domanda cautelare anche sui motivi aggiunti la Camera di Consiglio fissata.

Con ordinanza n. 1844/2017 (pubblicata il 25.11.2017) il Tar napoletano, sez. IV, ha accolto la domanda cautelare ritenendo il ricorso assistito da plurimi motivi di fondatezza ed in particolare affermando che:

il provvedimento di secondo grado gravato fosse di natura discrezionale e che il Direttore uscente, firmatario del medesimo, non fosse legittimato a porre in essere tale

⁷ La prova di resistenza all'impugnazione di un provvedimento amministrativo, ossia l'interesse di un soggetto ad agire avverso quest'ultimo se reputato lesivo della sua sfera giuridica, dev'essere verificata in relazione alla certezza dell'utilità giuridica che il ricorrente potrebbe ritrarne dall'annullamento (v. *ex multis*, Consiglio di Stato V, 7 agosto 1996, n. 884).

annullamento in autotutela, versando in una posizione di conflitto di interesse;

non vi fosse un interesse pubblico atto a giustificare l'annullamento delle elezioni in quanto - tenuto anche conto del sistema elettorale strutturato su due turni - la circostanza della asserita incandidabilità di uno dei docenti ammessi all'elettorato passivo non aveva inciso in maniera significativa sull'esito del risultato delle elezioni stesse;

in mancanza di un esplicito divieto per un professore di II fascia di ricoprire la carica di Direttore, il docente asseritamente incandidabile (perché di II fascia) era stato legittimamente ammesso all'elettorato passivo dalla Commissione *ad hoc*.

Ancora, con riguardo al *periculum*, il Collegio ha ritenuto che dall'approssimarsi dello svolgimento delle nuove elezioni deriverebbe al ricorrente un danno irreparabile.

Alla luce di tali ragioni, il Tar ha accolto la domanda cautelare spiegata, sospendendo gli atti impugnati e fissando la trattazione del merito al prossimo giugno, nonché condannando l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese della fase cautelare.

2 *Il merito della vicenda in esame: la possibilità per un docente di seconda fascia di candidarsi e, dunque, essere eletto come Direttore di un Istituto AFAM*

La possibilità per un docente di seconda fascia di candidarsi e, dunque, di essere eletto Direttore di un Conservatorio di musica è stata una vicenda a lungo dibattuta in dottrina e giurisprudenza, oggetto di interpretazioni non sempre univoche e di un ampio contenzioso che dal 2011 sembrava essersi assestato sull'orientamento espresso in materia dal Supremo Consesso amministrativo di cui si dirà a breve⁸.

Prima di soffermarsi sul filone giurisprudenziale amministrativo in materia e sulla normativa interna del Conservatorio napoletano, pare opportuna una breve premessa a meri fini chiarificatori sulla procedura volta ad individuare il Direttore del Conservatorio di musica.

Trattasi di un procedimento delicato che si articola in diverse fasi, che vale la pena esaminare sommariamente:

la prima fase si apre con l'indizione delle elezioni, che rientra nella sfera di competenza del Direttore in carica dell'Istituto musicale e si conclude con il decreto direttoriale corredato di tutti gli elementi previsti dalla normativa in materia;

la seconda fase, centrale, consiste nello svolgimento delle procedure elettorali e rientra nella competenza della Commissione elettorale, nominata con decreto direttoriale previa elezione di competenza del Collegio dei Professori. La Commissione, organo straordinario, gestisce le operazioni elettorali ed ha il compito di assicurare la regolarità del procedimento elettorale e di provvedere agli adempimenti necessari (acquisire e pubblicare l'elenco degli elettori; disporre l'ammissibilità delle candidature verificando

⁸ Cfr. Sentenza del Consiglio di Stato n. 6389/2011. Successivamente, interrogata sul punto anche l'Avvocatura Generale dello Stato, con parere del 2 ottobre 2015 quest'ultima ha precisato, superando un precedente parere reso proprio sulla procedura elettorale riguardante la nomina del direttore dei conservatori di Bologna e Torino (ove erano stati eletti Direttori due docenti di seconda fascia; parere dell'Avvocatura Generale, CS 40563/2008, Sez. VII), che è necessario dare seguito all'impostazione del Supremo Consesso amministrativo, in quanto la ridetta lettura dell'articolo 6 del d.p.r. n. 132 del 2003, oltre a rispondere a criteri di ragionevolezza e logicità, è senz'altro favorevole all'interesse pubblico ad avvalersi, per l'espletamento delle funzioni di rilievo apicali, dei docenti in possesso della più elevata qualifica professionale (in senso contrario v.: Tar Marche, sez. I, sentenza del 24.01.2013, n° 74; Tar Venezia, n. 3226 del 12.10.2007).

il possesso dei requisiti di candidabilità, nominare i componenti del Seggio elettorale, decidere su eventuali ricorsi, redigere il verbale delle operazioni e proclamare gli eletti). Tale fase si conclude con la proclamazione del candidato eletto;

la terza fase, infine, compete al Ministero dell'Istruzione sotto la cui vigilanza è posto il Conservatorio di musica e consiste nell'adozione del decreto di nomina del Direttore del Conservatorio eletto.

Tornando al caso di specie, stanti le irregolarità accertate e denunciate dallo stesso Ministero, quest'ultimo si trovava nell'impossibilità di addivenire alla nomina del docente eletto dalla Commissione elettorale.

Occorre ora guardare alla normativa in materia, rappresentata dalla suddetta legge n° 508 di riordino degli Istituti AFAM e dal citato regolamento per l'autonomia statutaria, regolamentare e organizzativa delle istituzioni artistiche e musicali (n° 132/2003).

E invero, secondo il disposto dell'art. 6, comma 2, del d.p.r. 28 febbraio 2003, n. 132 (*Regolamento recante criteri per l'autonomia statutaria, regolamentare e organizzativa delle istituzioni artistiche e musicali, a norma della l. 21 dicembre 1999, n. 508*), "il direttore è eletto dai docenti dell'istituzione, nonché dagli assistenti, dagli accompagnatori al pianoforte e dai pianisti accompagnatori, tra i docenti, anche di altre istituzioni, in possesso di particolari requisiti di comprovata professionalità stabiliti con il regolamento di cui all'articolo 2, comma 7, lettera a), della legge".

È facile osservare che il decreto in parola ha operato una distinzione terminologica tra due categorie di soggetti: quelli ammessi al (solo) elettorato attivo, ovvero i docenti, gli assistenti, gli accompagnatori e i pianisti accompagnatori e quelli ammessi all'elettorato passivo (e attivo), ovvero i soli docenti.

In altre parole la norma ha stabilito il diritto all'elettorato passivo per i soli docenti, mentre ha accordato il diritto all'elettorato attivo ad un novero più ampio di soggetti in cui rientravano gli stessi docenti (ammessi all'elettorato passivo).

Di poco successivo al d.p.r. in parola, il contratto nazionale collettivo per il comparto del personale delle istituzioni di alta formazione e specializzazione artistica e musicale (per il quadriennio normativo 2002/2005 e per il biennio economico 2002/2003), il C.C.N.L. 16 febbraio 2005, all'art. 20 ha inquadrato i docenti delle istituzioni di alta cultura in due fasce: i professori, nella categoria dei professori di prima fascia; gli assistenti e gli accompagnatori, in quella dei professori di seconda fascia.

Il citato articolo 20, non ponendosi in contrasto - né aperto, né velato - con la previgente disciplina ed in particolare con la distinzione operata dal d.p.r. del 2003, non può che confermare il diritto all'elettorato passivo per i soli docenti di prima fascia. E invero, se intesa diversamente, la platea di riferimento nettamente identificata dal suddetto articolo 6 - tramite *un artificio nominalistico* - "(...) verrebbe surrettiziamente allargata a figure che manifestamente escludeva il citato articolo 6" (Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 6839 del 27 dicembre 2011).

Continuando ancora con le parole del Supremo Consesso amministrativo, "Oggi (...) l'art. 6 va letto nel senso che l'elettorato passivo compete soltanto ai professori di prima fascia, e non è esteso anche a quelli di seconda fascia (in precedenza accompagnatori e assistenti). Quest'ultimi rimangono elettori, ma non possono essere eletti. Tale diversa idoneità all'elettorato passivo (...) non dà luogo ad un ingiusto privilegio (...) ma è la risultante di una volontà normativa che non appare affatto arbitraria. È infatti congruo e ragionevole che le funzioni di direttore siano riservate a quanti, per l'essere professori di prima fascia, abbiano dimostrato una maggiore qualificazione all'attività di docenza, alla cui concreta organizzazione l'ufficio di cui si tratta è preposto. Per regola ritornante nell'ordinamento, la circostanza che l'elettorato attivo sia esteso a tutti non comporta

altrettanta estensione dell'idoneità all'elettorato passivo: l'uno infatti esprime l'interesse alla rappresentanza, l'altro l'idoneità allo svolgimento delle funzioni amministrative. Un conto perciò è l'idoneità ad esprimere il voto (che il legislatore riconosce anche ai docenti di seconda fascia), un conto è l'idoneità ad esercitare le funzioni di direttore (e, dunque, l'idoneità ad essere eletto), che il legislatore circoscrive ai docenti di prima fascia" (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 6839 del 27 dicembre 2011).

Il filone giurisprudenziale risolveva, così, nel senso negativo la *querelle* in merito alla possibilità per i docenti di seconda fascia di essere ammessi all'elettorato passivo.

E in tal senso sembrano esprimersi anche lo Statuto del Conservatorio napoletano ed il Regolamento interno in materia di elezioni. Invero, l'art. 4 dello Statuto del Conservatorio napoletano dispone che il Direttore è organo di governo e di gestione, che resta in carica per tre anni e può essere confermato consecutivamente una sola volta.

L'art. 6, ancora, definisce il Direttore come il responsabile dell'andamento didattico, scientifico ed artistico dell'Istituzione che ne ha la rappresentanza legale in ordine alle collaborazioni e alle attività che riguardano la didattica, la ricerca, la sperimentazione e la produzione artistica e che convoca e presiede il Consiglio Accademico. Continuando la norma prevede, al secondo comma, che questi è eletto "*dai Docenti dell'Istituzione e dagli Accompagnatori al Pianoforte tra i Docenti, anche di altre Istituzioni, in possesso di particolari requisiti di comprovata professionalità*" stabiliti con il regolamento di cui all'art. 2, comma 7, lett. a) della legge n° 508/1999.

La norma ricalca, palesemente, la dicitura del citato articolo 6 del d.p.r. del 2003 che, come si diceva poco sopra, non è stata minimamente scalfita dalla diversa distinzione terminologica introdotta dall'art. 20 del C.C.N.L. del 2005.

E ancora l'art. 3, comma 1, dell'apposito Regolamento elettorale interno del Conservatorio recita che "*Possono concorrere all'elezione del Direttore del Conservatorio di Musica di Napoli i docenti, anche di altre Istituzioni (...)*" dotati dei requisiti di alta professionalità elencati dalla norma stessa. Quest'ultima fa riferimento - evidentemente - all'elettorato passivo e va letta in combinato disposto con l'art. 2, comma 1, dello stesso regolamento, rubricato "*Elettorato attivo*", recante: "*L'elettorato attivo è riservato ai docenti e agli accompagnatori al pianoforte in servizio attivo presso il Conservatorio di musica San Pietro a Majella di Napoli*" in possesso dei requisiti elencati dalla norma.

È evidente, ragionando *a contrario*, che l'elettorato passivo debba essere riservato ai soli docenti (docenti di prima fascia) e non anche ai docenti e agli accompagnatori al pianoforte in servizio attivo presso il conservatorio (docenti di seconda fascia).

La normativa interna, dunque, seguendo le orme del richiamato articolo 6 e l'interpretazione del Consiglio di Stato sopra richiamata (sentenza n° 6839/2011), non sembra dare adito a dubbi in merito alla impossibilità per un docente di seconda fascia (oggi gli assistenti e gli accompagnatori) ad essere ammesso all'elettorato passivo nella procedura in questione.

3 *Il provvedimento di secondo grado di una Pubblica amministrazione in caso di accertate irregolarità: atto discrezionale o vincolato?*

Nell'ordinanza in esame il Collegio si è espresso sulla natura discrezionale del provvedimento di secondo grado adottato dall'Amministrazione precedente.

Sul punto occorre osservare che il Miur, nel prendere atto dell'annullamento delle elezioni da parte del Conservatorio e restando in attesa di ricevere comunicazioni circa il rinnovo della procedura elettorale in questione, nonché dei relativi esiti, con nota indirizzata all'Istituto musicale precisava che l'atto di annullamento non dovesse

intendersi come emanato in ottemperanza alle richieste formulate dallo scrivente Ministero, bensì emanato in autotutela dal Conservatorio.

Tuttavia, è facile osservare che nella stessa nota in cui il Ministero accertava le irregolarità della procedura elettorale - ritenendo tali irregolarità tanto gravi da aver inficiato il risultato finale della procedura elettorale (che non era in grado di superare la c.d. “prova di resistenza”) e aver impedito al Miur di addivenire all’emanazione del decreto di nomina del nuovo Direttore - invitava per tali motivi l’Amministrazione ad adottare gli opportuni provvedimenti, richiamando esplicitamente l’art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990.

La norma, rubricata “*Annullamento d’ufficio*”, dispone: al primo comma, che il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-*octies*, (esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2)⁹, possa essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; al secondo comma, la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

Alla luce del dettato della norma richiamata non sussistono dubbi sulla circostanza per la quale il Ministero, nella predetta nota che accertava le irregolarità della procedura elettorale, invitava il Conservatorio ad annullare le elezioni espletate. In nessun caso, infatti, potrebbe ritenersi che il richiamo al 21-*nonies* aprisse uno spiraglio volto ad addivenire alla convalida del provvedimento annullabile: il Ministero, infatti, osservando che “*l’esito della procedura elettorale inficiata dal vizio sopra evidenziato (...) non supera[sse] la “c.d. prova di resistenza”*” e designando lo stesso Direttore uscente come il soggetto titolare e responsabile del procedimento in parola invitava - di fatto obbligando (!) - l’Amministrazione procedente ad addivenire ad un provvedimento di annullamento in autotutela.

È evidente, infatti, allorquando ci si ponga nell’ottica della P.a. invitata ad adottare ogni provvedimento opportuno, che non sussistessero nella specie gli elementi giustificativi di una convalida del provvedimento annullabile, ed anzi che le irregolarità delle elezioni avessero portato ad un risultato falsato, così come evidenziato dallo stesso Ministero.

Se lo stesso Tar Napoli ha più volte ribadito che in materia di elezioni¹⁰ il provvedimento di annullamento costituisce manifestazione della discrezionalità dell’Amministrazione, nel senso quest’ultima non è obbligata a ritirare gli atti illegittimi o inopportuni in quanto tali, dovendo di volta in volta valutare:

se esista un interesse pubblico alla loro eliminazione diverso dal semplice ristabilimento della legalità violata;

quali siano gli interessi dei destinatari e dei controinteressati;

la circostanza che il provvedimento annullabile possa aver prodotto effetti favorevoli, valutandone anche la rilevanza e che sia trascorso un apprezzabile lasso temporale dal momento della sua emissione (c.d. stabilizzazione);

⁹ Art. 21-*octies*, comma 2, “*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

¹⁰ Cfr. *ex multis*, Tar Napoli, sez. VII, sentenza n. 626/2013.

nel caso di specie, alla luce delle sopra descritte circostanze che avevano irrimediabilmente compromesso il risultato finale della procedura elettorale, nessun potere discrezionale residuava di fatto in capo alla Pubblica amministrazione procedente.

4 *Osservazioni conclusive al provvedimento*

L'ordinanza in esame sembra compiere un passo indietro rispetto all'orientamento espresso in materia dal Supremo Consesso amministrativo con sentenza n° 6839/2011.

Ed invero, tralasciando i profili strettamente attinenti ad un asserito conflitto di interesse del soggetto firmatario del provvedimento di annullamento - conflitto che pure pare insussistente, vista la condizione di incandidabilità alle prossime elezioni del Direttore uscente del Conservatorio - il provvedimento afferma che, in assenza di un espresso divieto legislativo, anche un docente di seconda possa essere ammesso all'elettorato passivo nella procedura di elezione del Direttore di un Istituto AFAM e, dunque, possa ricoprire tale carica.

Se da un lato è vero che non esiste un esplicito divieto in tal senso, dall'altro non può essere sottaciuto, sulla scia del noto brocardo *ubi lex voluit dixit*, che permane la distinzione tra elettorato attivo e passivo operata dall'art. 6 del suddetto d.p.r. del 2003, distinzione che non è stata superata neppure dalla successiva contrattazione collettiva e che - oltretutto - è stata recepita dal Conservatorio napoletano nel proprio Statuto e Regolamento elettorale interni.

Nel silenzio della legge, dunque, estendere il diritto all'elettorato passivo ad una platea di soggetti non contemplata dal citato articolo 6 comporterebbe - di fatto - un'*interpretatio abrogans* della distinzione ivi contenuta, compiendo una forzatura della lettera della norma che sta ad esprimere la *voluntas* del legislatore di avvalersi, per l'espletamento delle funzioni di rilievo apicali, dei docenti in possesso della più elevata qualifica professionale, finanche "*di altre Istituzioni*".

Rebus sic stantibus, la distinzione operata dalla norma tra elettorato attivo e passivo si pone in un'ottica di maggiore efficacia e garanzia del buon andamento ed efficienza delle attività di direzione e gestione delle complesse macchine amministrative rappresentate dagli Istituti AFAM.

Diritto internazionale e dell'Unione Europea

1 **Una riflessione sistematica sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea**

a cura di Annalaura Malinconico

2 **L'evoluzione delle società in house providing alla luce della c.d. Direttiva Appalti.**

a cura di Andrea Napolitano

" Una riflessione sistematica sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea "

Annalaura Malinconico

Dottore in Giurisprudenza

Abstract

The troubled integration process undertaken by the Union about the protection of financial interests seems to have come to an end.

The Directive (EU) 2017/1371 on the protection of the European Union's financial interests, which was presented by the Commission in June 2012 and approved on 5 July by the Council and the European Parliament.

This directive is the second-last line of a complex normative framework, further enriched by the recent Regulation (EU) 2017/1939 concerning the implementation of a cooperation enhanced through the establishment of a European Prosecutors' office, adopted on October 12th, whose competence will be exactly that one outlined by the Directive, to which the Regulation makes a referral.

Therefore, there is a need for a systematic reflection on the protection of financial interests that allows to understand the inferences between the substantive law micro-system outlined by the Directive and the procedural law system contained in the Regulation of the European Public Prosecutor's Office.

Keywords: *Protection of financial interests – European Public Prosecutor's Office – police and judicial Cooperation – European Union –*

Il travagliato percorso d'integrazione intrapreso dall'Unione sul versante della tutela degli interessi finanziari sembra finalmente essere giunto a compimento.

A decretarlo è la Direttiva (UE) 2017/1371 sulla protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea (direttiva PIF), presentata dalla Commissione nel giugno del 2012 ed adottata lo scorso 5 luglio dal Consiglio e dal Parlamento europeo.

La direttiva rappresenta il penultimo tassello di un complesso quadro normativo, ulteriormente arricchito dal recentissimo regolamento (UE) 2017/1939, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione di una Procura Europea, approvato lo scorso 12 ottobre, il cui ambito di competenza sarà proprio quello delineato dalla Direttiva PIF, a cui il Regolamento fa espresso rinvio.

Si pone, pertanto, necessaria una riflessione sistematica sulla tutela degli interessi finanziari che consenta di cogliere le inferenze tra il micro sistema sostanziale delineato dalla Direttiva PIF e quello procedurale, contenuto nel Regolamento sull'Ufficio del Pubblico Ministero europeo.

Parole chiave: *Protezione degli interessi finanziari – Ufficio del Pubblico Ministero europeo – Cooperazione di polizia e giudiziaria – Unione Europea –*

Premessa. - 1. I tentativi di armonizzazione nell'ambito della tutela degli interessi finanziari prima e dopo la direttiva PIF. - 2. Il problema della corretta individuazione della base giuridica a tutela degli interessi finanziari- - 3. L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della direttiva PIF. - 4 L'armonizzazione delle sanzioni penali. - 5. Le influenze del caso Taricco. - 6. Il nuovo organismo di tutela degli interessi finanziari dell'Unione: la Procura Europea.

Premessa

Nel lungo e travagliato processo d'integrazione penale europeo¹, caratterizzato da ripetute accelerazioni e successive battute d'arresto, la protezione degli interessi finanziari si presenta come il più significativo degli obiettivi raggiunti dall'Unione.

Si tratta, invero, di un settore di centrale interesse per l'effettività delle politiche europee, che involge «*non solo la gestione degli stanziamenti di bilancio*», ma si estende «*a qualsiasi misura che incida o minacci di incidere negativamente sul suo patrimonio e su quello degli Stati Membri*»².

A decretarlo è la Direttiva (UE) 2017/1371 per la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea (d'ora in poi direttiva PIF), presentata dalla Commissione nel giugno del 2012 ed adottata lo scorso 5 luglio dal Consiglio e dal Parlamento europeo.

Essa vincola gli Stati membri a prevedere, nei rispettivi diritti nazionali, norme minime, sanzioni penali e termini di prescrizione per i reati di frode ed altre attività connesse alla frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

1 I tentativi di armonizzazione nell'ambito della tutela degli interessi finanziari prima e dopo la direttiva PIF

Apprestare un'efficace tutela penale in tema di protezione degli interessi finanziari che fosse uniforme su tutto il territorio europeo ha significato per l'Unione intraprendere una complessa opera di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in una costante ricerca di bilanciamento fra dimensione europea, livello nazionale, garanzia dei diritti fondamentali e sicurezza dei cittadini.

Anche perché, non di rado, proprio le profonde differenze tra gli ordinamenti nazionali hanno portato a livelli non uniformi di tutela nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali.

A mero titolo esemplificativo, nell'attuale codificazione francese, per la truffa, il furto, l'estorsione, tutte riportate nel titolo delle *appropriations frauduleuses* non esiste una differenza tra tentativo e delitto consumato, essendo il tentativo equiparato *quoad poenam* al delitto consumato.

1 Più in generale, v. C. SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 34 s. In particolare sulle dinamiche dell'integrazione europea v. F. FALATO, *Mandato di arresto europeo, rilevanza delle condizioni di detenzione, tutela dei diritti fondamentali nelle dinamiche della integrazione europea*, in *Giustizia penale* 2016, p. 626 s.

2 Cfr. considerando n. 1 della Direttiva per la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea (PIF), (UE) 2017/1371, approvata il 5 luglio 2017 in seconda lettura dal Parlamento europeo (in CGUE, L. 198/29).

Parimenti nel sistema tedesco, l'espressa incriminazione della frode nelle sovvenzioni - effettuate con fondi pubblici ad imprese anche secondo il diritto comunitario - oltre a prevedere una pena detentiva, sia pure alternativa a quella pecuniaria, alquanto severa (fino a 5 anni o, nei casi più gravi, fino a 10 anni) realizza un arretramento della linea di punibilità: non è necessario il conseguimento della sovvenzione, ma basta la direzione dell'attività non leale o veritiera.

Allo stesso modo in Portogallo il fatto di *fornire all'autorità informazioni false o incomplete* oppure di *omettere* informazioni "rilevanti" per l'ottenimento del beneficio è punibile anche a titolo colposo³.

È stato, dunque, proprio per rispondere all'esigenza di uniformare lo *standard* di tutela penale degli interessi finanziari su tutto il territorio europeo che si è passati da un'influenza tenue, consistente nel mero coordinamento del diritto UE con le norme penali nazionali, ad un'incidenza più intensa, manifestatasi con strumenti di armonizzazione, volti a modellare le legislazioni nazionali su una normativa comune.

A ben vedere, i primi tentativi di armonizzazione nel settore in questione si sono avuti nel 1995 con la Convenzione relativa alla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee e relativi protocolli addizionali⁴ (in prosieguo congiuntamente "la Convenzione PIF), ratificati ed attuati in diritto interno da quasi tutti gli Stati membri.

Detto quadro normativo è stato, poi, arricchito da svariate iniziative dell'Unione in ambito penale volte a contrastare alcune attività illegali ritenute particolarmente dannose per l'economia, come il riciclaggio di denaro e la corruzione le quali, benchè non specificamente dirette alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, contribuiscono alla loro salvaguardia⁵.

Senza contare che, nella pratica, alcuni reati che colpiscono gli interessi finanziari dell'Unione risultano spesso correlati ai reati di cui all'art. 83, paragrafo 1, TFUE e agli atti legislativi dell'Unione basati su tale disposizione.

Questo coacervo di disposizioni differentemente recepito negli Stati membri ha, però, finito per incidere negativamente sull'efficacia delle politiche dell'Unione tese a difenderne gli interessi finanziari.

Di qui, la necessità avvertita dall'Unione - onde pervenire ad una protezione efficace ed equivalente - di razionalizzazione dell'intera materia con misure "dissuasive" che vincolassero gli Stati membri anche all'adozione di sanzioni penali, e, nei casi più gravi, alla previsione di pene privative della libertà personale.

Non possono, però, sul punto sottacersi i moniti provenienti da autorevole dottrina⁶ circa l'importanza del principio per cui il ricorso al diritto penale debba sempre costituire l'*extrema ratio*, cui appellarsi solo allorquando venga in discussione un bene di significatività comparabile a quello della libertà individuale e non risultino disponibili

3 N. BARTONE, *Condotte illecite transnazionali e la normativa penale comparata a tutela degli interessi comunitari*, cit., p. 76.

4 Convenzione sulla protezione degli interessi finanziari delle Comunità Europee del 26 luglio 1995 (GU C 316 del 27.11.1995) (frode); primo protocollo del 27 settembre 1996 (GU C 313 del 23.10.1996) e convenzione del 26 maggio 1997 (GU C 195 del 25.6.1997) (corruzione); protocollo del 29 novembre 1996 (GU C 151 del 20.5.1997) (interpretazione della Corte); secondo protocollo del 19 giugno 1997 (GU C 221 del 19.7.1997) (riciclaggio di denaro).

5 Direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario ai fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2005/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2006/70/CE della Commissione.

6 Sul punto, più in generale, v. S. MOCCIA, *L'involuzione del diritto penale in materia economica e le fattispecie incriminatrici del corpus Juris*, cit. p. 49 s.

altri efficaci strumenti di controllo sociale che meno incidano nella sfera individuale.

Il rischio paventato sarebbe quello di tornare a concepire il diritto penale in funzione prevalentemente sanzionatoria, quasi per rimuovere un senso di radicale sfiducia nei confronti dell'efficienza del controllo amministrativo⁷.

A ben vedere, l'Unione nell'approvare la direttiva PIF ha tenuto in considerazione tali moniti e, pur ritenendo imprescindibile il ricorso a misure di carattere penale per contrastare e prevenire la frode e le attività illegali connesse, ha posto gran cura al fine di garantire che le stesse non andassero oltre ciò che è necessario a realizzare detto obiettivo, nel rispetto del principio di sussidiarietà dell'intervento penale.

2 *Il problema della corretta individuazione della base giuridica a tutela degli interessi finanziari*

Le disposizioni della direttiva PIF hanno mantenuto integri gli obiettivi della proposta, così come presentata dalla Commissione. Non è stata, invece, condivisa la base giuridica da quest'ultima indicata nell'art. 325, paragrafo 4, TFUE.

Invero, in una chiara inversione di rotta, la Direttiva nel preambolo individua la propria base giuridica nell'art. 83, par. 2, TFUE e, dunque, in una disposizione che conferisce a Parlamento europeo e Consiglio la competenza ad adottare «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni (...) tramite direttive» quando «il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si presenta indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione».

Come noto, la scelta della base giuridica negli *iter* decisionali europei costituisce un presupposto di fondamentale importanza, rappresentando la norma del Trattato che legittima – secondo una certa procedura – l'adozione dell'atto giuridico con cui dare corso ad una determinata azione dell'Unione.

Nel tempo, si è assistito a situazioni nelle quali l'individuazione della base giuridica si giostrava fra due diversi pilastri, segnatamente fra il pilastro contraddistinto dal metodo comunitario ed i settori intergovernativi della PESC o della cooperazione in materia penale.

In tali casi, la differenza di regime risultante dall'opzione per una o l'altra base giuridica non derivava solo dalla diversa modulazione delle competenze dell'Unione e degli strumenti accordati per il loro esercizio - basti pensare alle alla giurisdizione della Corte di Giustizia, all'incidenza della volontà degli Stati nel processo decisionale o anche alle caratteristiche degli strumenti giuridici adottati - ma da un approccio radicalmente differente all'integrazione fra Stati membri.

Su queste tematiche, a prima vista, il Trattato di Lisbona sembrava intervenire in maniera risolutiva, grazie alla più volte menzionata soppressione della struttura a tempio dell'Unione europea ed alla conseguente applicazione del medesimo regime per tutti i settori di intervento delle istituzioni sovranazionali.

Tuttavia, come si è avuto modo di constatare con specifico riferimento agli interventi normativi dell'Unione, in tema di protezione degli interessi finanziari, tutt'oggi, continua a persistere la necessità di tracciare gli opportuni confini fra i settori

⁷ Per un maggiore approfondimento sul tema cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale europeo: Spunti problematici di riflessione intorno a possibili modelli di disciplina*, in G. GRASSO, G. ILLUMINATI, R. SICURELLA, S. ALLEGREZZA (a cura di) *Le sfide dell'attuazione di una Procura Europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013 p. 135.

disciplinati dal Trattato sul Funzionamento, in particolar modo appunto nell'ambito della "comunitarizzazione" della cooperazione in materia penale.

La tutela degli interessi finanziari, rappresentando un obiettivo essenziale per l'efficacia ed effettività delle politiche europee, ha trovato, nell'ambito del sistema del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, la sua collocazione in un apposito titolo dedicato alle disposizioni finanziarie, il titolo II della parte VI del Trattato, relativo alle istituzioni europee⁸.

E in questo titolo, il Trattato, verosimilmente come reazione alle forme più gravi di aggressioni agli interessi finanziari comunitari, ha anche segnato una svolta decisiva nel riconoscere, al par. 4 dell'art. 325 TFUE, in capo al Parlamento Europeo ed al Consiglio la competenza ad «adottare le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione».

Trattasi di una competenza, quella relativa alla adozione delle misure in oggetto, che prescinde dal carattere di gravità e transnazionalità delle attività che ledono gli interessi finanziari dell'UE, non nascendo da tali caratteri la necessità di combatterli su basi comuni, bensì dalla qualità e importanza dei beni giuridici "istituzionali" da tutelare, anche penalmente.

Ed, invero, è proprio in questo paragrafo che, secondo la Commissione, avrebbe dovuto rinvenirsi l'idonea base giuridica per un vero e proprio intervento *efficace* dell'Unione in materia di protezione dei suoi interessi finanziari attraverso le procedure e gli strumenti che le sono propri, in conformità ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità "europei", di cui all'art. 5, par. 3 e 4 TUE.

Ma la scelta della base giuridica fornita dall'art. 83, parr. 1-2 del Trattato, prescelta dall'Unione, ha portato ad un quadro normativo completamente differente rispetto a quello che sarebbe venuto a delinarsi con la scelta della base legale fornita dall'art. 325 par. 4.

Cerchiamo di capirne i motivi.

L'art. 83 si inserisce, da un punto di vista topografico, nel titolo del Trattato dedicato alla creazione di uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia e, pertanto, risulta soggetto alla nota prassi degli *opting-out*.

Si tratta di una prassi che ha avuto origine con la riforma di Maastricht del 1992, in particolar modo a fronte delle obiezioni del governo britannico ad alcune scelte in tema di politica sociale e cooperazione monetaria, di poi formalizzata mediante l'inserimento di Protocolli *ad hoc* allegati ai Trattati⁹ e confermata dai successivi.

Difatti, anche il nuovo contesto normativo delineato dal Trattato di Lisbona ripropone, rispettivamente ai Protocolli n. 21 e 22, disposizioni specifiche per il Regno Unito, Irlanda e Danimarca rispetto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia

Sul punto, l'art. 2 del Protocollo n. 21 dispone che, in linea di principio, nessuna norma o sentenza che coinvolga una materia del Titolo V TFUE possa vincolare i due Stati.

Tuttavia, possono essi notificare *ex ante* l'intenzione di partecipare all'adozione ed applicazione di singole misure, purché tale richiesta intervenga entro tre mesi dalla

8 Cfr. L. SALAZAR, *Commento all'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 2415 s.

9 Più in generale, cfr. S. MONTALDO, *L'esercizio delle competenze dell'Unione Europea ed i limiti della cooperazione in materia penale*, in S. MONTALDO (a cura di), *I limiti della cooperazione in materia nell'Unione Europea*, Napoli, 2015, p. 145 s.

proposta e non determini un'eccessiva dilazione dell'*iter* decisionale. È questo quanto avvenuto per l'Irlanda che ha manifestato, contrariamente al Regno Unito, la volontà di partecipare all'adozione ed applicazione della direttiva PIF.

Parimenti la Danimarca, in via generale, non è vincolata ad alcuna disposizione del Titolo V TFUE, né a singoli atti o sentenze che intervengano nelle materie in esso comprese, né ha essa manifestato, in questa occasione, la volontà di partecipare all'adozione della direttiva in questione.

A fronte, dunque, del tentativo di “governare” le forme di flessibilità riconosciute agli Stati, i suddetti Protocolli aprono scenari in patente conflitto con gli sforzi compiuti dall'Unione nella direzione di creare un sistema di tutela degli interessi finanziari coerente ed uniforme in tutto il territorio europeo.

Senza, poi, considerare l'altro peculiare meccanismo di flessibilità potenzialmente destinato ad incidere in misura significativa sull'omogeneo sviluppo dell'integrazione europea nel settore in parola: il cd. freno d'emergenza, previsto dall'art. 83, par. 3, TFUE.

Come noto, si tratta di una clausola che può trovare applicazione allorché uno Stato membro ritenga che un progetto di Direttive di armonizzazione di cui al par. 1 o 2 venga ad incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale.

In tali situazioni, lo Stato può richiedere di investire il Consiglio europeo della questione provocando in tal modo la sospensione della procedura legislativa ordinaria.

Si tratta di meccanismi di controllo politico sul rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità del tutto assenti nell'alternativa base giuridica fornita dal Trattato all'art. 325.

Da questi profili ben si comprende come la scelta del Legislatore europeo, più politica che giuridica, sia stata, in definitiva, quella di fondare la direttiva PIF su una base giuridica inquadrata in un settore di tradizionale prerogativa nazionale, circondato nel Trattato da numerose tutele in favore degli spazi di intervento del legislatore interno e delle peculiarità degli ordinamenti penali dei Paesi membri, creando così quello che è stato definito un quadro normativo “*a geometria variabile*”¹⁰.

3 *L'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione della direttiva PIF*

Come chiarito nel preambolo della Direttiva PIF, il suo ambito materiale di applicazione si estende a tutte le attività illegali che si presentano lesive degli interessi finanziari dell'Unione, in presenza delle quali appaia giustificato il ricorso al diritto penale.

Un rilievo centrale assume, senza dubbio, la frode relativa alle entrate¹¹ del bilancio comunitario e la frode nelle uscite ma risultano, altresì, incluse nell'*aquis* dell'Unione quali “reati connessi” corruzione, riciclaggio di denaro ed appropriazione indebita.

Dato comune a tutte le fattispecie tipizzate è la loro configurazione come reati di danno.

10 G. GRASSO, *Prospettive di un diritto penale europeo*, in N. BARTONE (a cura di) *Diritto penale europeo, Spazio giuridico e rete giudiziaria*, Padova, 2001, p. 683 s. V. inoltre L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto di competenza della Procura Europea*, in www.penalecontemporaneo.it.

11 Le entrate del bilancio dell'Unione sono rappresentate dai prelievi agricoli, dai diritti doganali e da una percentuale dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) riscossa dagli Stati membri. A completamento delle entrate del bilancio vi è, poi, un contributo degli Stati membri in base al loro prodotto interno lordo (PIL). In particolare, sulla natura comunitaria dell'IVA cfr. A. VENEGONI, *La definizione del reato di frode nella legislazione dell'Unione dalla Convenzione PIF alla proposta di direttiva PIF*, in www.penalecontemporaneo.it p. 4 s.

Non basta, dunque, la semplice offesa, come prevista nell'ambizioso progetto istitutivo della Procura Europea, il cd. *Corpus Juris*, che configurava i reati di competenza della stessa come reati di pericolo, ma è necessaria la presenza del dato strutturale del *danno effettivo* prodotto dalla condotta alle finanze europee.

Con specifico riguardo al reato di frode, la direttiva in esame all'art. 3 mutuando sostanzialmente la definizione di frode di cui all'art. 1 della Convenzione PIF, in relazione tanto alle spese quanto alle entrate, ha disposto che «*all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o documenti falsi, inesatti o incompleti, o alla mancata comunicazione di un'informazione in violazione di uno specifico obbligo debba necessariamente seguire l'appropriazione indebita o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio dell'Unione o dai bilanci gestiti da quest'ultima, o per suo conto*»¹².

Per quanto concerne i reati connessi, la direttiva si limita a rinviare per il crimine di riciclaggio di proventi di reato alla qualificazione accolta nella direttiva 2015/849/UE; per la condotta di corruzione¹³ a quanto acquisito dal primo Protocollo PIF, ai suoi articoli 2 e 3.

Sul piano soggettivo rileva, poi, solo il fatto intenzionale con esclusione della colpa.

È stato, sul punto, evidenziato come il requisito dell'intenzionalità della condotta sia più consono ad un delitto contro il patrimonio privato, come la truffa comune - che si realizza mediante "inganno" del soggetto passivo - piuttosto che ad aggressioni ad interessi di natura pubblica, realizzate nell'ambito di formali procedure amministrative, escludenti normalmente il diretto rapporto tra l'autore - normalmente costituito da un'impresa, spesso in forma societaria - ed una persona fisica, che abbia esclusivo potere decisionale o "destinatario" immediata dei mezzi simulatori.¹⁴

Non può, però, qui sottacersi che l'eliminazione del requisito dell'intenzionalità avrebbe portato ad un appiattimento dell'illecito penale sull'illecito amministrativo, inteso come una qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione o omissione di un operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio dell'Unione.

Nel complesso, le disposizioni della direttiva PIF risultano muovere nella direzione di un'essenziale "conservazione" dei contenuti della Convenzione PIF del '95, con l'introduzione, tuttavia, di alcuni significativi elementi di novità.

L'aspetto maggiormente innovativo, nell'ambito delle incriminazioni ivi contenute, consiste nella previsione di due ulteriori reati, l'uno nell'ambito della categoria delle frodi, l'altro, invece, nell'ambito degli altri reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, non considerati dalla Convenzione PIF.

Vengono, infatti, incriminate la frode in materia di spese relative agli appalti «*allorché commessa al fine di procurare all'autore del reato o ad altri un ingiusto profitto arrecando pregiudizio agli interessi finanziari dell'Unione (art. 3, lett b), e l'appropriazione indebita, intesa come l'azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione dei fondi o beni, tesa ad impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione*»¹⁵.

12 Art. 3.2, lett. a.

13 Art. 4.2

14 Più in generale, L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto di competenza della Procura Europea*, in www.penalecontemporaneo.it

15 Art. 4.3

Un'ulteriore novità deve, poi, rinvenirsi nell'art. 8 della Direttiva che dà rilevanza autonoma alla forma associativa statuendo che «*gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire che, qualora un reato di cui agli articoli 3, 4 o 5 sia commesso nell'ambito di un'organizzazione criminale ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI¹⁶, ciò sia considerato una circostanza aggravante*», laddove, invece, la Convenzione PIF si limitava a fare un generico riferimento alle forme di criminalità organizzata¹⁷.

Nella direzione di un ravvicinamento di istituti di parte generale, con particolare riguardo alle condotte di tentativo, favoreggiamento e concorso, la direttiva in questione si limita a sancire un obbligo di penalizzazione, senza nulla aggiungere circa i possibili criteri di rilevanza di tali condotte¹⁸.

Maggiore ambizione viene, invece, mostrata nel prevedere anche a carico delle persone giuridiche l'applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive di natura penale¹⁹,

Ma la novità più interessante e significativa è, tuttavia, da rintracciare nel disposto di cui all'art. 12, che sancisce l'obbligo per gli Stati membri di prevedere, con riguardo ai fatti criminosi individuati dalla direttiva, un termine prescrizione "congruo", precisando al paragrafo 2 che sia di almeno cinque anni dalla commissione dei reati "gravi" di cui agli articoli 3, 4 e 5 della direttiva.

Un primo tentativo di armonizzazione, questo dei termini di prescrizione, che mostra di raccogliere le molteplici sollecitazioni da anni formulate rispetto all'urgente necessità di un superamento della significativa eterogeneità esistente al riguardo nei diversi ordinamenti nazionali²⁰.

4 *L'armonizzazione delle sanzioni penali*

Ma è proprio sul piano dell'armonizzazione *latu sensu* sanzionatoria che la direttiva segna una rilevante svolta, prevedendo soglie minime del massimo di pena.

Per comprendere a pieno le ragioni di tale scelta gioverà fare un rapido *excursus*.

Per grandi linee, dal famoso caso giudiziario del "mais greco" con cui la Corte di Giustizia si spingeva fino al punto di palesare la necessità che le violazioni di diritto comunitario venissero sanzionate in condizioni sostanziali e processuali analoghe a quelle applicabili alle violazioni di diritto nazionale l'Unione arrivava con l'art 280 TCE a normativizzare il principio di assimilazione, predisponendo una specifica base giuridica per gli interventi normativi a livello comunitario.

Tali misure però, ai sensi dell'ultima parte del paragrafo 4, non potevano, per ovvie ragioni, riguardare «l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri» con la conseguente necessità di dover ricercare nelle disposizioni della cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 29 TUE, Tr. Amsterdam)²¹.

16 Decisione quadro del 24 ottobre 2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata.

17 Più in generale sul punto, N. PARISI, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, in www.giurisprudenzapenale.com, p. 11, 12.

18 Art. 5.1 – 2.

19 Sul punto, N. Parisi, *Chiari e scuri nella direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione*, cit. p. 14 e 15.

20

21 La Comunità Europea escludeva in radice che potessero configurarsi in capo agli Stati membri dei veri e propri obblighi d'incriminazione ponendo a carico degli stessi un unico obbligo normativo consistente "nel rispetto ed assistenza reciproca

È stato con il Trattato di Lisbona che tutto è cambiato.

L'art. 325 TFUE ha, infatti, escluso sul punto, qualunque limite alla possibilità di ricorrere alla tutela penale arrivando ad estendere l'obbligo di garantire una protezione «*efficace ed equivalente*» degli interessi finanziari dell'UE non solo in una dimensione orizzontale, «*su tutto il territorio europeo*», ma anche in una dimensione verticale, «*all'interno d'istituzioni, organi ed organismi dell'Unione*».

Di qui, la scelta della direttiva PIF di non limitarsi, al pari della Convenzione PIF, a ribadire il principio della dissuasività, proporzionalità ed effettività delle pene che gli Stati si determineranno ad introdurre nell'adeguamento del proprio ordinamento all'atto dell'Unione²² ma di scendere nel dettaglio, prescrivendo la pena (massima) della reclusione per frode, riciclaggio, appropriazione indebita, corruzione²³; tale pena non deve essere inferiore ai quattro anni quando dalla condotta «*derivino danni o vantaggi considerevoli*»²⁴.

Resta, tuttavia, ferma per i reati contro il sistema comune dell'IVA, la soglia dei 10 milioni di euro²⁵.

Per le medesime fattispecie, quando il danno o vantaggio sia inferiore a 10 mila euro, gli Stati membri possono prevedere sanzioni di natura differente da quella penale²⁶.

In relazione alle persone giuridiche la direttiva non si discosta molto dal secondo Protocollo: l'elenco esemplificativo prevede misure di esclusione dal godimento di un vantaggio o aiuto pubblico; di divieto temporaneo o permanente di esercitare un'attività commerciale; di assoggettamento a sorveglianza giudiziaria; di scioglimento per via giudiziaria²⁷.

Si tratta di un elenco indicativo non tassativo che, in quanto tale, non è suscettibile di escludere misure diverse.

5 *Le influenze del caso Taricco*

Una questione assai dibattuta in materia di tutela penale degli interessi finanziari è stata, senza dubbio, quella relativa alle frodi IVA.

Confluendo, infatti, solo un'esigua percentuale di tale imposta nel bilancio comunitario a titolo di risorse proprie, nasceva all'interno degli Stati un intenso dibattito sulla possibilità di considerare le suddette frodi lesive del bilancio europeo e conseguentemente sull'opportunità di includerle nell'ambito di applicazione della direttiva.

Il peso delle considerazioni avanzate induceva addirittura nel 2013 il Consiglio ad estromettere dagli scopi della direttiva PIF il perseguimento delle frodi IVA, per, poi, reinserirlo nel 2014, come vedremo, in considerazione dei recenti approdi giurisprudenziali europei sul punto²⁸.

nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati», in ossequio al principio di fedeltà comunitaria, previsto dall'art. 10 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, oggi trasfuso nell'art. 4, par. 3 TUE.

22 Considerando 12.

23 Art. 7.2: i reati sono quelli contemplati negli artt. 3 e 4 della direttiva.

24 Art. 7.3: i danni e i vantaggi sono presunti considerevoli se superiori ai 100 mila euro, ad eccezione di quelli commessi in danno del sistema IVA.

25 Art. 2.2.

26 Art. 7.4.

27 Art. 4.

28 La rilevanza comunitaria dell'IVA è stata costantemente ribadita in più pronunce dalla Corte di Giustizia tra cui causa C - 539/09

In particolare un peso determinante sui negoziati per l'approvazione della direttiva, arenatisi, proprio a causa dell'opposizione del Parlamento Europeo ad un accordo sul testo emendato dal Consiglio in cui le frodi Iva risultavano espressamente estromesse dalla generale definizione di "frode agli interessi finanziari", lo esercitava la vicenda Taricco.

Come risaputo, nel processo a carico del Taricco, che aveva posto in essere una serie di operazioni fraudolente note come frodi carosello, il Gup precedente, rilevando il rischio di una prescrizione prima della pronuncia definitiva, sottoponeva il problema alla Corte di Giustizia che, con la sentenza del 08.09.2015, riconoscendo l'appartenenza delle frodi IVA alla categoria delle "frodi agli interessi finanziari dell'Unione" e facendo leva sugli strumenti offerti dall'art. 325 TFUE par. 1 e 2, affermava il potere/dovere del giudice interno di disapplicare in *malam partem* il termine massimo di prescrizione previsto dalla legislazione italiana per taluni reati in materia di frodi all'IVA.

La direttiva PIF, nel recepire le indicazioni della giurisprudenza, percependo la portata lesiva delle grandi frodi in materia IVA, ne affermava l'appartenenza alla categoria delle frodi che ledono il bilancio dell'Unione e faceva obbligo agli stati membri di adottare in maniera armonica e consonante tutte le misure necessarie a perseguire efficacemente queste frodi con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive che prevedessero la pena della reclusione pari nel massimo ad almeno 4 anni.

Invero, la direttiva in questione non fa riferimento a tutte le frodi IVA nel loro complesso ma solo a quelle fattispecie che creano minacce serie per il sistema comune dell'IVA individuandole sulla base dei seguenti parametri: deve trattarsi di condotte che interessano il territorio di due o più Stati membri, che derivano da un sistema fraudolento e che comportano un danno complessivo almeno pari ad € 10.000.000²⁹.

Senonché proprio richiamandosi ai tre presupposti normativi qui enucleati, l'Avvocato generale Ue, Yves Bot, nel rassegnare le proprie conclusioni sul rinvio pregiudiziale effettuato alla Corte di Giustizia nell'ambito della vicenda Taricco, proponeva di rispondere alle questioni sollevate dalla Corte Costituzionale italiana - che, intervenendo sul caso, aveva richiamato, tra l'altro, il giudice nazionale ad un impiego ponderato degli strumenti fisiologicamente invasivi che l'ordinamento europeo gli attribuisce - disapplicando, in relazione ai reati di frode IVA, il termine prescrizione assoluta risultante dal combinato disposto degli artt. 160 e 161 c.p.³⁰.

Ad avviso dell'Avvocato Generale, una volta iniziato, il procedimento penale deve svolgersi fino alla sua conclusione: pertanto ciascun atto processuale, in quanto indicativo della *voluntas punendi* dello Stato, dovrebbe assumere efficacia interruttiva della prescrizione³¹.

Così argomentando, in definitiva, l'Avvocato Generale finiva per suggerire l'introduzione di una nozione europea di interruzione della prescrizione³².

Tuttavia, la Corte di Giustizia con la cosiddetta sentenza Taricco 2 accoglie

Commissione c. Germania; causa C 414/97 Commissione c. Spagna; causa C-617/10 Fransson.

29 Cfr. considerando n. 4 della direttiva.

30 F. FALATO, *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti. A proposito della sentenza Taricco*, in *La Giustizia penale III*, 2016, p. 41; v., inoltre, R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in www.penalecontemporaneo.it.

31 R. BIN, *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in www.penalecontemporaneo.it.

32 Più in generale, R. LUCEV, *Le conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa sul rinvio pregiudiziale Taricco: verso uno scontro frontale*, in *Giurisprudenza penale web* 2017, 7-8.

l'impostazione proposta dalla Corte costituzionale italiana con ordinanza n. 24 del 2017, mettendo così un punto al dialogo instaurato con il giudice delle Leggi italiano e lasciando, al contempo, aperto il campo ai singoli giudici nazionali comuni.

Nel dispositivo la Corte di Lussemburgo così chiarisce: *“L’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev’essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato”*³³.

La Corte sovranazionale, dunque, ribadisce il rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri ma ancor prima il rispetto dei principi fondamentali condivisi dagli Stati e dalla stessa Unione.

Ne consegue che l’obbligo di garantire un’efficace riscossione delle risorse dell’Unione derivante dall’articolo 325 TFUE non può contrastare con il principio di legalità dei reati e delle pene.

Pertanto, la Corte è giunta ad affermare il principio secondo cui quando un giudice nazionale, in procedimenti riguardanti persone accusate di aver commesso reati in materia di IVA, ritiene che l’obbligo di applicare i principi enunciati nella sentenza Taricco contrasti con il principio di legalità, esso non è tenuto a conformarsi a tale obbligo, neppure qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare ad una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione³⁴.

6 *Il nuovo organismo di tutela degli interessi finanziari dell’Unione: la Procura Europea*

Occorre a questo punto considerare l’aspetto più innovativo del tema in esame: quello dei nessi bilaterali tra la direttiva PIF ed il regolamento sull’istituzione dell’Ufficio del Pubblico Ministero europeo (EPPO), presentato dalla Commissione il 17 luglio 2013 ed approvato il 12 ottobre 2017.

Quello che nasceva come uno studio di matrice accademica sulla creazione di un organo europeo per la protezione degli interessi finanziari comunitari³⁵ - dopo l’attivazione nello scorso giugno della procedura di cooperazione rafforzata - è divenuto realtà³⁶.

La Procura Europea rappresenta, infatti, l’ultimo nato in un percorso d’integrazione degli ordinamenti nazionali con l’ordinamento europeo.

33 CGUE, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, C- 105/14, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu>.

34 A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”: cambiano i protagonisti ma la saga continua, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017,12.

35 Più in generale v. M. DELMAS-MARTY, *Necessità, legittimità e fattibilità del Corpus Juris*, in G. GROSSO E R. SICURELLA (a cura di) *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003, p. 205 s.

36 La procedura di cooperazione rafforzata è stata avviata il 3 aprile 2017 dopo che si è registrata la mancanza di un accordo unanime sulla proposta istitutiva dell’EPPO. I venti Stati membri che hanno partecipato alla cooperazione rafforzata hanno approvato la normativa che definisce le modalità relative al funzionamento ed al ruolo del Procuratore europeo.

L'Ufficio del Pubblico Ministero Europeo, secondo quanto previsto dall'art. 86 TFUE, è competente ad «*individuare, perseguire e rinviare a giudizio gli autori dei reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione e i loro complici*».

Il regolamento esercita la facoltà prevista dall'art. 86 TFUE e declina l'indicazione ivi contenuta: *centralizzazione* dell'organo d'accusa e diffusione dell'organo giudicante, segnando così il superamento di una logica orizzontale della cooperazione a favore di una logica verticale di integrazione fra diversi Spazi giuridici europei, seppur limitatamente alla repressione penale delle frodi comunitarie e dei cosiddetti reati "ancillari"³⁷.

La Procura europea si presenta di struttura collegiale, di nomina politica, dotata di una competenza *esclusiva*, rispetto a quella delle procure nazionali, per i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, capace, tuttavia, di espandersi sino a ricomprendere qualsiasi altro reato "inestricabilmente connesso" ai reati già di sua competenza, qualora ciò sia necessario nell'interesse di una buona amministrazione della giustizia e la competenza dell'organo europeo sia "preponderante"³⁸.

A ben vedere, però, il regolamento, anziché definire l'ambito di competenza penale sostanziale dell'organo requirente europeo, opera un espresso rinvio ai reati previsti dalle legislazioni nazionali armonizzate da un'apposita direttiva europea, quale appunto la direttiva PIF, limitandosi così alla sola definizione di aspetti organizzativi e procedurali dell'organo.

La scelta intrapresa dall'Unione di rinunciare a definire, mediante regolamento, le competenze sostanziali del Procuratore europeo, limitandosi a individuare i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione mediante il rinvio ad una direttiva - non è nient'altro che il riflesso dell'irrinunciabile volontà dell'Unione di preservare la sovranità degli Stati membri, lasciando loro un certo grado di flessibilità per quanto riguarda l'eventuale adozione di disposizioni più severe.

Tale scelta renderà, infatti, indispensabile, una puntuale trasposizione della direttiva PIF nei sistemi penali interni da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione ai fini dell'effettivo funzionamento dell'EPPO.

La medesima strada l'Unione ha perseguito anche sul piano della disciplina della prova.

L'obiettivo posto dall'art. 86 TFUE di definire «*le regole procedurali applicabili all'attività dell'EPPO e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che esso adotta nell'esercizio delle sue funzioni*» non è stato, infatti, realizzato dal regolamento.

Altresì, in quest'occasione, l'Unione ha preferito demandare la regolamentazione di tali profili procedurali all'adozione di un successivo regolamento di procedura.

37 Più in generale sul punto v. L. SALAZAR, *La Procura europea è finalmente realtà: what's next...?*, in www.rivista.eurojus.it; S. RECCHIONE, *European Prosecutor Office. Anche gli entusiasti diventano scettici?* in www.penalecontemporaneo.it; v., inoltre, A. VENEGONI, *Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo*, in www.penalecontemporaneo.it.

38 Art. 22 Regolamento EPPO.

" L'evoluzione delle società in house providing alla luce della c.d. Direttiva Appalti. "

Andrea Napolitano

Assegnista di ricerca

Abstract

The aim of this work is to analyse the evolution of the phenomenon of public participation's sector in the jurisprudence and in the recent european legislation. In particular the work started from the famous decision " Teckal" which decided the elements which characterized the model of the in house providing, ending with the analysis of the " Direttiva Appalti" and with an analysis of new legislative productions which adapted it in the nation system.

Keywords: Companies with public participation's sector – analog control – prevailing destination; European Directive –

Il presente lavoro si prefigura l'obiettivo di analizzare l'evoluzione del fenomeno delle società in house providing nella giurisprudenza e nella recente legislazione europea. In modo particolare la riflessione si è sviluppata partendo dalla famosa sentenza Teckal, grazie alla quale sono stati definiti gli elementi caratterizzanti il modello in esame, fino ad un'analisi della c.d. Direttiva Appalti e degli interventi normativi volti a reperirla nell'ordinamento nazionale.

Parole chiave: Società in house providing – controllo analogo – destinazione prevalente – Direttiva Appalti –

Premessa. – 1. L’evoluzione giurisprudenziale del modello dell’ in house providing. – 2. La Direttiva Appalti 2014/24/UE e la sua incidenza in materia di in house providing. – 3. I dubbi della giurisprudenza amministrativa sulla diretta applicabilità della Direttiva nell’ordinamento nazionale. – 4. Il c.d. Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. – 5. Le società in house nel nuovo codice dei contratti pubblici. – 6. Brevi conclusioni

Premessa

Il modello dell’*in house providing* rappresenta una esplicazione del principio di autorganizzazione della pubblica amministrazione secondo cui la stessa è in grado di produrre beni e servizi senza dover fare ricorso al mercato attraverso procedure ad evidenza pubblica¹.

Per una corretta definizione del fenomeno dell’*in house*, un ruolo di straordinaria rilevanza, deve essere dunque assegnato alla giurisprudenza, che, in numerose decisioni ha avvertito l’esigenza di stabilire una relazione rigorosa tra amministrazione pubblica e società *in house* mediante l’elaborazione del concetto di controllo analogo e di destinazione prevalente.

La prima nozione è stata definita in materia di appalti pubblici al fine di legittimare l’affidamento di un servizio senza la previa indizione di una procedura ad evidenza pubblica, così come previsto dalla normativa europea.

1 L’evoluzione giurisprudenziale del modello dell’ in house providing

Il primo importante riferimento all’ *in house providing* è rinvenibile nel c.d. *Libro Bianco* del 1998², con il quale la Commissione Europea ha definito tale modello di affidamento come “*quelli aggiudicati all’interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o ancora, tra una amministrazione e una società da questa interamente controllata*”.

La definitiva consacrazione di tale modello è avvenuta però in seguito ad alcune decisioni della Corte Di Giustizia, che ha elaborato per la prima volta in maniera definita il concetto di *in house providing* nella c.d. sentenza Teckal,³ al fine di armonizzare i principi in materia di tutela della concorrenza con la facoltà di auto-organizzazione riconosciuta alle pubbliche amministrazioni.

1 Come è noto, tale modello non può essere identificato con l’organismo di diritto pubblico in quanto contraddistinto da requisiti più rigorosi. Infatti, com’è stato più volte sottolineato dal Consiglio di Stato, mentre tutte le società *in house* sono organismi di diritto pubblico, non può sostenersi il contrario. Cfr. Consiglio di Stato, 11 dicembre 2015, n°5643, in *Foro amm.*, 2015, 12, 3101. Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, “*Se dunque è vero - come è vero - che l’organismo in house rappresenta sotto ogni aspetto un’articolazione in senso sostanziale dell’amministrazione pubblica di riferimento, ne consegue l’applicabilità al caso in esame dei richiamati articoli 1, comma 2, e 63, comma 4, con tutto ciò che ne deriva in punto di estensione, all’organismo in house, delle previsioni in punto di giurisdizione riferibili all’amministrazione pubblica di riferimento.*”

2 Commissione Europea, Pagamento commisurato all’uso dell’infrastruttura: approccio graduale a un quadro comune di fissazione degli oneri per l’infrastruttura di trasporto nell’UE, Libro Bianco, 1998. Nel documento della Commissione si è fatto riferimento alla distinzione tra il modello dell’*in house*, strumento di organizzazione attraverso il quale la P.A. provvede ai propri bisogni, attraverso lo svolgimento dell’attività interna alla stessa, dal c.d. *out-sourcing* basata sulla considerazione che l’amministrazione pubblica si rivolge al privato per esternalizzare la produzione e reperire delle risorse idonee al compimento delle finalità istituzionali.

3 Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, Teckal s.r.l. c Comune di Aviano, causa- 197/98, in *Raccolta*, 1999, 8121.

I giudici sovranazionali hanno evidenziato l'obbligo di rispettare la normativa in materia di appalti solo nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice avesse stipulato un contratto a titolo oneroso, avente ad oggetto la fornitura di prodotti e la prestazione dei servizi con un ente distinto dalla stessa da un punto di vista formale.

In quella occasione, i giudici europei hanno indicato come non potesse applicarsi la disciplina europea in materia di contratti pubblici vista l'assenza di un vincolo contrattuale in senso stretto tra concedente e concessionario, obbligando il giudice nazionale a verificare la sussistenza di un legame tra l'Amministrazione e una persona distinta giuridicamente dalla stessa, ad eccezione del "*caso in cui, nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano*"⁴.

La stessa Corte ha inoltre valutato la compatibilità di tale affidamento, delineando in maniera più dettagliata i requisiti fissati nella sentenza *Teckal*, in altre decisioni, attribuendo agli stessi una portata generale tale da estenderne l'applicazione degli stessi anche alla categoria delle concessioni dei servizi pubblici, materia non disciplinata dalle direttive in materia di appalti⁵.

I "requisiti *Teckal*" sono, però, sembrati in mancanza di una definizione chiara e precisa, particolarmente generici e per questo soggetti ad elastiche interpretazioni, soprattutto da parte di alcuni Stati membri inclini a sottrarre al mercato settori rilevanti svolti in favore o per conto delle amministrazioni pubbliche.

Al fine di arginare l'utilizzo eccessivo del modello *in house*, la giurisprudenza sovranazionale, a partire dalla famosa sentenza *Stadt Halle*, ha inaugurato un filone giurisprudenziale restrittivo sull'interpretazione dei requisiti idonei all'affidamento diretto, evidenziando come non potesse sussistere un legame di *in house providing* tra amministrazioni e società controllate dalle stesse nel caso in cui il capitale sociale di queste ultime fosse detenuto anche da soggetti privati.

Secondo i giudici europei, infatti, "*la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi*".

Le argomentazioni restrittive in materia di società miste manifestate nella sentenza *Stadt Halle* sono state riprese in altre decisioni della Corte di Giustizia.

4 Come si avrà modo di definire in maniera più dettagliata, tale statuizione è stata codificata dal nostro legislatore nel decreto legge n°269/03, convertito in legge n° 326/03, con il quale si è modificato l'articolo 113 comma 5 del Decreto Legislativo 267/00.

5 E' il caso, ad esempio del c.d. caso *Arge* grazie al quale l'avvocato Generale Lèger, ha ricordato che, se un'amministrazione pubblica avesse esercitato nei confronti di un altro soggetto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, le funzioni affidate a quest'ultimo sarebbero state come delegate all'interno dell'amministrazione stessa. Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau Gmbh- Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, in www.curia.eu.it, 2, 2005, 8.

Si ricordano, tra le più rilevanti, quelle *Modling*⁶, *Auroux*⁷, *Anav*⁸ *Carbotermo*⁹, *Commissione-Italia*¹⁰ e *Tragsa*¹¹.

Un altro filone giurisprudenziale è stato inoltre inaugurato, dalla stessa Corte, con la sentenza *Parking Brixen*¹², che ha indirizzato l'attenzione della dottrina e, in alcuni casi della giurisprudenza, sulle caratteristiche ed i rispettivi limiti delle società a totale partecipazione pubblica¹³.

Elemento innovativo della decisione è stato inoltre, l'espressa applicabilità dei "requisiti Teckal" anche in casi di concessioni di servizi pubblici.

Il controllo analogo e la destinazione prevalente sono stati ulteriormente interpretati in maniera diversa, dalla stessa Corte, in considerazione della possibile presenza dei privati nel capitale delle società *in house*.

Con la sentenza *Commissione delle Comunità Europee- Repubblica Italiana*¹⁴, i giudici hanno evidenziato come la presenza dei privati nel capitale sociale della società non fosse ritenuta sufficiente a giustificare la mancata soddisfazione del requisito del controllo analogo, vista anche la mancanza di una partecipazione certa degli stessi, in sede di stipula di convenzione tra amministrazione affidante e società *in house*.

Tale statuizione è stata giustificata, per ragioni di certezza del diritto, in considerazione del fatto che l'obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica deve tener conto delle condizioni esistenti al momento della aggiudicazione della gara.

Per questo motivo, sconfessando i precedenti orientamenti, la Corte ha ritenuto, nel caso di specie, legittima la presenza dei privati nella società in quanto intervenuta in un momento successivo all'aggiudicazione del servizio e, per questo, non prevista al momento della stipulazione del contratto.

I giudici della Corte hanno, inoltre, riconosciuto, in alcune decisioni, come la scelta della pubblica amministrazione di erogare un servizio pubblico attraverso un ente concessionario comune in collaborazione con altri enti pubblici e, quindi, esercitato in maniera congiunta, fosse conforme alla normativa europea in materia di appalti pubblici e concessioni.

6 Corte di Giustizia, 10 novembre 2005, C- 29/04, Commissione della Comunità europee- Repubblica d'Austria, in www.curia.eu.int. Per un commento Cfr. sul punto: M. PADELLARO, *Brevi notazioni a margine dei recenti sviluppi nella giurisprudenza comunitaria in tema di appalti in-house*, in *Riv. amm. App.*, 2005, 4, 325; M. GIOVANNELLI, *Divieto di affidamento di servizi pubblici senza gara a società mista e ulteriore restrizione dell'in house providing*, in *Urb. e app.*, 2006, 2, 157.

7 Corte di Giustizia, 18 gennaio 2007, C- 220/05, Jean Auroux e altri- Commune de Roanne, in *Urb app*, 2007, 5, 552.

8 Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, C- 410/04, Anav- Comune di Bari, in *Foro. it.*, 2006, 5, 511.

9 Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C- 340/04, Carbotermo, Alisei- Comune di Busto Arsizio, *Foro. It.*, 2006, 510,

10 Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C- 371/05, *Commissione- Italia*.

11 Corte di Giustizia, 19 aprile 2007, C- 295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales e Transformación Agraria SA- Administración del Estado, in www.curia.eu.int.

12 Corte di Giustizia¹³ ottobre 2005, C- 458/03, Parking Brixen GmbH- Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG, in *Urb. e app.*, 2005, 31.

13 Nel caso di specie, i giudici hanno argomentato la propria decisione ponendo l'attenzione sulla trasformazione dell'azienda speciale in una società per azioni, sull'ampliamento dell'oggetto sociale capace di far operare la società in "nuovi importanti settori", sulla previsione di una "apertura obbligatoria della società ad altri capitali", sulla "espansione territoriale delle attività della società a tutta l'Italia e all'estero" e sui "considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione", in assenza di un controllo gestionale da parte del Comune.

14 Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, C- 371/05, Commissione delle Comunità Europee - Repubblica Italiana, con nota di D. PIAZZONI, *In house providing, partenariati pubblico-privati istituzionalizzati a partecipare al capitale sociale a scopo di finanziamento*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 8.

Tale ipotesi è stata da ultimo precisata nel caso *Econord s.p.a.*¹⁵ nel quale la Corte occupandosi della legittimità della partecipazione azionaria in una società *in house* divisa tra più enti pubblici affidanti, ha ricordato che “*ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un’entità comune ai fini dell’adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest’ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell’autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell’entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto*”.

Secondo l’orientamento della Corte, quindi, le stesse amministrazioni pubbliche che, nella loro veste di amministrazioni aggiudicatrici costituiscono in comune un’entità competente ad adempiere mansioni di pubblico servizio, sono legittimate a derogare all’obbligo di indire una procedura ad evidenza pubblica, nel caso in cui esercitino in maniera congiunta, sulla suddetta società, un controllo analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi e nei casi in cui, ciascuna delle stesse, sia presente non solo nel capitale ma anche negli organi direttivi della stessa società.

Il carattere eccezionale di tale strumento è stato confermato dalla stessa Corte con la recente sentenza 8 maggio 2014, Causa C-15/13¹⁶, nella quale si è valutata per la prima volta, la legittimità o meno del c.d. *in house orizzontale*, inteso quale conclusione di un contratto tra un’amministrazione pubblica aggiudicatrice e soggetto aggiudicatario, non legati da una relazione di controllo diretto, ma assoggettati al controllo analogo di un’altra amministrazione per la quale realizzando la parte più importante della loro attività.

Nel caso in esame, nonostante il giudice del rinvio avesse configurato la legittimità dell’affidamento, la Corte ha escluso la sussistenza di una deroga alla normativa europea in materia prevista per le società *in house*, considerando le due entità pubbliche controllate, due entità autonome non aventi tra di loro un rapporto di controllante/controllata in assenza di una partecipazione della prima nella seconda.

Nel motivare le proprie ragioni, i giudici hanno sindacato l’affidamento diretto, evidenziando come quest’ultimo fosse stato disposto da un’amministrazione aggiudicatrice nei confronti di una società verso quale la stessa non ha esercitato nessun controllo legale negli organi direttivi e non ha posseduto alcuna partecipazione.

In ultimo, nella sentenza 19 giugno 2014, la Corte ha ricordato la necessaria partecipazione pubblica in forma totalitaria della fattispecie *in house*, poiché l’aggiudicazione diretta di un appalto offrirebbe all’entità privata, presente all’interno dell’entità aggiudicatrice, un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti¹⁷.

2 ***La Direttiva Appalti 2014/24/UE e la sua incidenza sul fenomeno delle società in house providing***

La direttiva 2014/24/UE, (d’ora di poi “Direttiva Appalti”) è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 28 marzo 2014 insieme alla Direttiva 2014/25/

15 Corte di Giustizia, 29 novembre 2012, C- 182/11, C-183/11, *Econord SpA contro Comune di Cagno e Comune di Varese (C-182/11) e Comune di Solbiate e Comune di Varese (C-183/11)*, in www.curia.eu.it

16 Corte di Giustizia, 8 maggio 2014, C-15/13, in www.curia.eu.it, con nota di G. PESCATORE, *L’inedito modello dell’in house orizzontale*, in *Libro dell’anno del diritto*, Treccani, 2015, 257.

17 Corte di Giustizia, 19 giugno 2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE/ Eurest(Portugal)- Sociedade Europeia de Restaurantes*.

UE, sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali ed alla Direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione¹⁸.

Mentre le prime due sostituiscono, rispettivamente, le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, l'ultima rappresenta una novità assoluta da parte del legislatore.

Nelle direttive sono ripresi i principi fondamentali del diritto europeo in materia di appalti pubblici e concessioni, riconducibili alla libera amministrazione delle autorità pubbliche, alla facoltà attribuita ai soggetti di organizzare, secondo le proprie esigenze, l'erogazione, alla distribuzione dei servizi di interesse generale, e alla tutela della concorrenza rinvenibile nell'apertura totale dei mercati e la costituzione di un mercato unico europeo comune.

In controtendenza rispetto alla normativa europea precedente, le direttive in esame si caratterizzano per un importante articolato, idoneo a disciplinare non solo gli elementi di maggior rilevanza dei contratti pubblici, ma anche dei c.d. "collaterali".

Così facendo, ai legislatori nazionali è attribuita una rilevanza sicuramente residuale a riprova di quella volontà di armonizzazione piena in tutti gli ambiti e per tutti gli aspetti della materia in precedenza oggetto dell'azione pervasiva dei singoli Stati membri.

Per quel che interessa, le nuove direttive non definiscono mai in maniera certa il fenomeno dell' *in house providing*, ma lo regolano in maniera incidentale, in riferimento agli appalti ed alle concessioni tra soggetti nell'ambito del settore pubblico, tra amministrazioni aggiudicatrici, assegnati ad "una persona giuridica di diritto privato o di diritto pubblico" escludendoli dall'ambito di applicazione delle direttive¹⁹.

Infatti, le stesse stabiliscono che gli appalti aggiudicati da società controllate non dovrebbero essere sottoposte all'applicazione delle procedure di gara, nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla stessa un controllo analogo a quello previsto sui propri uffici, e a condizione che la stessa entità controllata svolga più dell'80% delle proprie attività nei confronti della amministrazione che detiene il controllo o in favore di altre persone giuridiche controllate dalla stessa entità aggiudicatrice, a prescindere dal beneficiario dell'esecuzione dell'appalto²⁰.

Il riferimento normativo è all'articolo 12 della "Direttiva Appalti", all'articolo 28 della Direttiva 2014/25/UE ed all'articolo 17 della Direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, che hanno in gran parte recepito gli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia in materia, inserendo al tempo stesso alcune novità e precisazioni²¹.

Il modello dell'*in house* è stato disciplinato, nello specifico dai paragrafi 1,2,3,5 della norma, il cui paragrafo 4 è dedicato al c.d. partenariato pubblico-pubblico orizzontale.

Il paragrafo 1 riprende quanto previsto dalla giurisprudenza in materia di controllo analogo stabilendo alcune novità al riguardo.

Infatti, secondo la nuova disposizione, ai fini dell'affidamento diretto, l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sulla società aggiudicataria un controllo analogo a

18 Per un'analisi della Direttiva si rinvia a A.A.V.V., *Il recepimento in Italia delle Nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, (a cura di) Napoli, 2015.

19 C. VOLPE, *L'affidamento in house: Situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in *Il recepimento in Italia delle Nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, 125.

20 Il riferimento è al Considerando 32 e all'articolo 12 della "Direttiva Appalti".

21 Cfr. sul punto: C. VOLPE, *L'affidamento in house: situazione attuale e proposte per una disciplina specifica*, in www.giustamm.it, 10, 2014; F. S. FOÀ, D. GRECO, *L'in house providing nelle direttive appalti 2014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme*, in www.federalismi.it, 15, 2015, 6.

quello che la stessa esercita sui propri uffici e, nello specifico ha evidenziato come sussista il requisito di cui sopra “*qualora essa (l’amministrazione) eserciti un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*, precisando che “*tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall’amministrazione aggiudicatrice*”.

E’ il c.d. *in house a cascata*, secondo cui un’amministrazione esercita un controllo analogo su un’altra amministrazione che a sua volta imprime un controllo analogo su una società *in house*. In questa ipotesi viene ammesso l’affidamento diretto dalla prima amministrazione nei confronti della società *in house* anche in assenza di una relazione diretta tra i due soggetti.

Il paragrafo 2 della “Direttiva Appalti”, riprendendo quanto già definito dalla Corte di Giustizia, disciplina, legittimandolo, il c.d. *in house invertito* o *capovolto* e il c.d. *in house orizzontale*.

Il primo istituto si riferisce alle ipotesi in cui, il soggetto controllato, nella veste di aggiudicatore, affida in maniera diretta il servizio ad un soggetto controllante.

Si tratta, quindi, di una bi-direzionalità dell’*in house*, giustificata dal fatto che, poiché la società controllata risulta essere *longa manus* dell’amministrazione aggiudicatrice, potrebbe parlarsi di una delegazione interorganica diversa rispetto a quella tradizionale.

Nel caso, invece di *in house orizzontale*, l’amministrazione affida in maniera diretta un appalto od una concessione ad un soggetto, che, come aggiudicatore, si trova in una situazione di *in house* nei confronti di un’altra amministrazione che controlla i primi due.

Tra le novità alla struttura classica dell’istituto è necessario menzionare il c.d. *in house frazionato*, disciplinato dal paragrafo 3 della “Direttiva Appalti”, dall’articolo 28 paragrafo 3 della Direttiva sui settori speciali e dall’articolo 17 paragrafo 3 della Direttiva in materia di concessioni, caratterizzato dall’ipotesi in cui le amministrazioni esercitano il controllo analogo nonostante siano in possesso di partecipazioni di minoranza.

Tale modello è ritenuto legittimo nei casi in cui gli organi decisionali dell’organismo controllato siano composti da rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti, ovvero, da soggetti che possono rappresentare la maggioranza o la totalità dei soci pubblici partecipanti. Così facendo, ogni soggetto pubblico partecipante risulta essere rappresentato negli organi decisionali del soggetto affidatario. Inoltre, i soci pubblici devono essere in grado di esercitare, congiuntamente, un’influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative dell’organismo controllato, ed, infine, la società controllata non deve perseguire interessi contrari a quelli di tutti i soci pubblici partecipanti.

Per quel riguarda, invece la sussistenza del requisito dell’attività prevalente, la direttiva Appalti stabilisce che la società controllata deve svolgere oltre l’80% delle proprie attività di esecuzione dei compiti ad essa affidati dall’amministrazione aggiudicatrice controllante, o da altre persone controllate direttamente o indirettamente dall’amministrazione aggiudicatrice, o da altre persone giuridiche controllate dall’amministrazione controllante.

Ai fini della determinazione di tale percentuale la nuova normativa prevede che la stessa possa essere prevista nel fatturato totale medio, o in una misura alternativa idonea basata sempre sull’attività, quali sono i costi sostenuti dalla società o dall’amministrazione aggiudicatrice in questione, nei campi dei servizi, delle forniture

e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione²².

La novità senza dubbio più rilevante è quella riconducibile al requisito della totale partecipazione pubblica, secondo cui si dispone che *“nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”*²³.

Si tratta di una disposizione che si pone in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali, nonché con quanto previsto nei Trattati, e che ha sollevato importanti dubbi sulla volontà del legislatore europeo di creare un nuovo modello di società pubblica e di attribuire ai legislatori nazionali la possibilità di legittimare l'affidamento diretto a società che, anche se in maniera minima, sono partecipate dai privati.

Sul punto però, si evidenzia come risulti poco chiara la *voluntas* legislativa, indirizzata verso una limitazione di tale ipotesi ai soli casi in cui, l'ingresso di capitali privati sia imposto dalla normativa nazionale in conformità dei Trattati, attribuendo, quindi, ai singoli Stati membri la facoltà di legittimare o meno tale ipotesi, con il rischio di creare discordanze tra gli stessi appartenenti all'Unione.

3 *I dubbi della giurisprudenza amministrativa in riferimento alla diretta applicabilità della “Direttiva Appalti” nell'ordinamento nazionale*

L'incidenza delle nuove Direttive nell'ordinamento nazionale è stata oggetto di attenzione da parte del Consiglio di Stato, che, in tre decisioni ha esaminato la ricaduta delle nuove disposizioni, in riferimento agli affidamenti precedenti il recepimento delle nuove disposizioni da parte del legislatore italiano.

I giudici di Palazzo Spada hanno affrontato per la prima volta la questione nel parere n° 298/2015,²⁴ con il quale, hanno ritenuto legittimo un affidamento diretto nei confronti di una società a, seppur minima, partecipazione privata, esprimendo un giudizio favorevole in merito alla diretta applicabilità della direttiva Appalti.

Nonostante i primi dubbi²⁵ sulla legittimità dell'affidamento *in house* nei confronti del CINECA, società il cui capitale è composto anche da privati, i giudici, alla luce della nuove Direttive in materia, qualificando l'affidamento in esame come appalto di servizi,

22 Queste ipotesi sono disciplinate dall'ultimo paragrafo dell'articolo 12 della Direttiva Appalti, dall'articolo 28 della Direttiva in materia di servizi speciali e dall'articolo 17 della Direttiva in materia di concessioni.

23 Si tratta della disposizione presente al paragrafo 1, lett) c della Direttiva Appalti. Parte della dottrina ha ricordato come l'apertura di società pubbliche alla partecipazione di privati fosse avvenuta già con il Regolamento CEE N°1370/2007, in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e ferrovia. Cfr. sul punto: C. VOLPE, *Le nuove Direttive sui contratti pubblici e l'in house providing: problemi vecchi e nuovi*, cit., 17.

24 Consiglio di Stato, Parere, 30 gennaio 2015, n° 298 con nota di G. CARULLO, *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, in *Giust. Amm.*, 2015, 2; V BRIGANTE, *La crisi della soggettività nel diritto amministrativo: l'in house providing alla luce del parere del Consiglio di Stato n° 298/15*, cit., 14; con nota di G. VELTRI, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2015, 667.

25 Lo stesso Consiglio di Stato, infatti, con parere interlocutorio del 13 febbraio 2013, n° 1168, ha evidenziato come, in attesa di ulteriori analisi in riferimento alla natura dei servizi affidati in via diretta, e in considerazione della considerevole giurisprudenza in materia, *“una società partecipata da un ente pubblico, per poter essere investita direttamente della gestione di un compito, non debba presentare la presenza di privati al capitale sociale o anche la mera previsione statutaria di una futura ed eventuale privatizzazione, né la presenza di previsioni statutarie che permetterebbero alla società di acquisire una vocazione commerciale tale da rendere precario il controllo da parte dell'ente pubblico”*.

hanno affermato come, nonostante la nuova disciplina non possa già essere ritenuta applicabile, “*non può in ogni caso non tenersi conto di quanto disposto dal legislatore europeo, secondo una dettagliata disciplina in materia, introdotta per la prima volta con diritto scritto e destinata a regolare a brevissimo la concorrenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell’UE*”.

Nonostante le perplessità suscitate da questa decisione, gli stessi hanno giustificato il proprio orientamento, sottolineando come i requisiti stabiliti dalla Direttiva Appalti, in modo particolare quelle dell’articolo 12, fossero talmente precisi e dettagliati da non lasciar margine di discrezionalità al legislatore, stabilendo che “*il modello accolto è quello codificato, della cooperazione pubblico- pubblico istituzionalizzata di tipo verticale secondo l’articolo 12 della Direttiva 24/2014*”²⁶.

In riferimento al primo criterio, i giudici ne hanno rilevato la fondatezza in considerazione della partecipazione del Ministero negli organi direttivi, del potere di apportare modifiche allo statuto del CINECA ed, infine, del diritto di veto, esercitabile dallo stesso ministero sulle deliberazioni più importanti del Consiglio consortile.

Nel verificare la fondatezza del requisito della destinazione prevalente, i giudici si sono soffermati sulla possibilità di partecipazione dell’ente ministeriale in società di capitali, o di affidamento, da parte dello stesso a terzi, di alcune attività di competenza del consorzio, ritenendo lodevole l’intervento di attuare sinergie quanto mai opportune nelle attività del CINECA.

Gli stessi giudici, in sede giurisdizionale hanno valutato in maniera diametralmente opposta la questione, nella sentenza n° 2660/2015 con la quale si è analizzata la legittimità dell’affidamento diretto di un appalto di servizi da parte dell’Università degli Studi di Reggio Calabria, nei confronti del CINECA, all’interno della cui compagine organizzativa partecipa la stessa Università²⁷.

I giudici di Palazzo Spada, in questa occasione hanno fermamente negato, nel caso di specie, la sussistenza dei requisiti *Teckal*, escludendo, inoltre, la rilevanza delle nuove direttiva per la risoluzione della fattispecie oggetto di esame.

Nel negare la diretta applicabilità della Direttiva appalti, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto illegittimo l’affidamento diretto ad una società a, seppur minima, partecipazione privata, sottolineando, come dalla lettura del considerando 32 della direttiva, la partecipazione di capitali privati in società pubbliche, non solo deve essere prevista da una legge nazionale, ma deve risultare addirittura imposta ai fini della legittimità dell’affidamento.

Nel sindacare la partecipazione privata all’interno del consorzio, gli stessi giudici hanno inoltre negato agli stessi soggetti privati la configurazione di enti pubblici, per la sola ragione di svolgere attività di interesse pubblico.

Pur ammettendo come in passato questa qualifica fosse stata accordata ad alcune Università private, in riferimento ad indici rilevatori che hanno valorizzato l’equiparazione in termini di azioni con altri istituti pubblici, si è ricordato come tale ipotesi dovesse essere esclusa in considerazione della “*nozione funzionale e cangiate di ente pubblico*”.

26 Nel caso di specie, quindi, è stata rilevata come la posizione del CINECA, nei confronti del Ministero e delle altre amministrazioni consorziate, rientrasse perfettamente nella fattispecie per la quale la disciplina europea prevede l’affidamento diretto, ritenendo sussistenti i requisiti del controllo analogo e della destinazione prevalente.

27 Consiglio di Stato, 26 maggio 2015, n° 2660 con nota di L. ANIBALLI, *Ancora sulla partecipazione privata all’in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2015, 787.

Per questo motivo, quindi, i giudici di Palazzo Spada non hanno ritenuto sussistente il legame *in house* con un consorzio partecipato anche da privati, considerando l'affidamento diretto un'eccezione alla normativa in materia degli appalti. Per questo motivo, qualsiasi restrizione della concorrenza deve essere controbilanciata da importanti tutele e dal rispetto delle condizioni fissate in materia, nonché giustificata in casi eccezionali.

Per motivare, infine la mancata sussistenza del requisito dell'attività prevalente, gli stessi giudici hanno evidenziato come lo svolgimento dell'attività imprenditoriale verso l'esterno, attribuisce al CINECA una vocazione commerciale che impedisce di considerarlo quale soggetto *in house*, anche in considerazione di alcune disposizioni statutarie in cui è prevista la possibilità di “*acquisire partecipazioni in società di capitali o altri consorzi*”.

Si ricorda, infine come tale orientamento sia stato confermato in un'ulteriore decisione, la n° 4253/2015²⁸, con la quale si è ritenuta illegittima una delibera con la quale un Comune ha affidato, in via diretta, il servizio di gestione dei rifiuti urbani ad una società a capitale privato.

In questa occasione i giudici, hanno ricordato come l'affidamento diretto di un servizio sia giustificato solo nei casi di totale partecipazione pubblica, e che la Direttiva Appalti non possa essere ritenuta esecutiva, poiché il termine assegnato dal legislatore europeo per il recepimento risultava ancora pendente.

4 *Il c.d. Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*

Al fine di dare attuazione alla delega ricevuta con la Legge Madia, il legislatore delegato ha emanato il c.d. *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, con il quale lo stesso si è prefissato il raggiungimento di obiettivi di lungo e di breve periodo²⁹.

Per la parte che qui interessa, risulta degno di nota il monitoraggio sull'attuazione del decreto e quello tra la disciplina nazionale in materia di *in house providing* e quella europea riconducibile alle direttive del 2014 in materia di appalti pubblici³⁰.

Nell'importante intento di rendere la norma di facile applicazione da parte dell'operatore pubblico, il legislatore delegato ha inoltre specificato come tali disposizioni dovranno applicarsi, in modo funzionale, non solo ai fini di un'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche ed al rispetto dei principi della tutela della concorrenza ma anche per esigenze di razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica.

Nello specifico il legislatore delegato ha per la prima volta previsto una definizione normativa del modello *in house providing* stabilendo che le tali “*società ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*” (art. 16 T.U.)

28 Consiglio di Stato, 11 settembre 2015, n° 4253, in *Foro amm.*, 2015, 9, 2264.

29 Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n° 175. Come si avrà modo di approfondire, con la c.d. Legge Madia, avente oggetto una più ampia riorganizzazione della Pubblica Amministrazione, sono state previste importanti novità in materia di società a partecipazioni pubbliche ed in materia di servizi pubblici.

30 A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit, 13.

La legge Madia è stata, come è noto, oggetto di attenzione da parte della Corte costituzionale che con la sentenza n. 251 del 2016³¹ ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune sue disposizioni per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 Cost³².

Nello specifico i giudici, sindacando alcune norme inerenti la disciplina del pubblico impiego, delle società partecipate, dei servizi pubblici e della dirigenza, hanno stabilito che i decreti dovevano essere adottati sulla base di una forma di raccordo con le Regioni da rinvenirsi non nella forma del parere (ritenuto inidoneo a realizzare un autentico confronto con le autonomie regionali) ma nello strumento dell'intesa.

Per la parte che qui rileva si ricorda come al punto 9 del *Considerato in diritto*, la Corte si sia preoccupata di limitare gli effetti della declaratoria di incostituzionalità statuendo che *“le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione”*.

I contenuti di questa decisione sono stati ripresi dal Consiglio di Stato nel parere fornito il 9 gennaio 2017 in merito alle questioni interpretative sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri sull'attuazione di tre decreti già emanati, tra i quali il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

In questa occasione, facendo rientrare la pronuncia della Corte nell'alveo della categoria delle sentenze manipolative di tipo sostitutivo, i giudici di Palazzo Spada hanno confermato la validità e l'efficacia dei tre provvedimenti fino ad un'eventuale pronuncia ad *hoc* della Corte.

Tenendo conto anche di quanto stabilito dalla Corte si è quindi consigliata l'adozione di decreti correttivi idonei a sanare il vizio procedimentale di illegittimità costituzionale e possano intervenire in maniera diretta tenendo conto della disciplina della delega così come riscritta dalla Corte.

31 Corte Costituzionale 25 novembre 2016 n. 251, in www.cortecostituzionale.it.

32 Come è noto la nostra Carta Costituzionale riconosce e promuove, sempre nel rispetto dell'unità e dell'indivisibilità della Repubblica, un'organizzazione policentrica di autonomie territoriali caratterizzate da funzioni e poteri autonomi costituzionalmente garantiti. Con l'entrata in vigore delle disposizioni statutarie delle regioni, prima a statuto speciale e successivamente di quelle ad autonomia ordinaria, questa impostazione si è rivelata insufficiente o quantomeno inadeguata, comportante le conseguenti difficoltà applicative. Sul punto, la Corte Costituzionale, investita della questione, ha da sempre affermato la necessaria esigenza di una stretta collaborazione fra lo Stato e le autonomie regionali, che da mero meccanismo è stato, nel tempo, timidamente innalzato a principio costituzionale. Dopo un primo periodo, caratterizzato da una giurisprudenza costituzionale generica ed ambigua sulla natura di *necessaria collaborazione*, il giudice delle leggi ha nel tempo specificato e definito in maniera inequivocabile il contenuto del principio ed il suo ancoraggio all'articolo 5 della Costituzione, stabilendo che *“il principio di leale collaborazione deve governare i rapporti tra Stato e Regioni nelle materie e in relazione alle attività in cui le rispettive competenze concorrano o si intersechino, imponendo un contemperamento dei rispettivi interessi. Tale regola (...) va al di là del mero riparto delle competenze per materia ed opera dunque su tutto l'arco delle relazioni istituzionali fra Stato e Regioni, senza che a tal proposito assuma rilievo diretto la distinzione fra competenze esclusive, ripartite o integrative, o fra competenze amministrative proprie e delegate”*. Cfr. Corte costituzionale 18 luglio 1997 n. 242, in *Dir. Trasporti*, 1998, 421. In seguito, grazie alla riforma del Titolo V della Costituzione il principio di leale collaborazione ha ricevuto la giusta rilevanza costituzionale nell'articolo 120 della Carta grazie al quale si afferma come lo Stato possa esercitare i poteri sostitutivi *“ nel rispetto del principio di sussidiarietà e di leale collaborazione”*. Il testo costituzionale del 2001, nonostante possa essere definito innovativo per la parte che qui rileva, risulta al tempo stesso limitato sotto il profilo delle forme di raccordo interistituzionale, caratteristica che, ad oggi, non permette una piena e completa attuazione quel modello di regionalismo cooperativo insito nella Costituzione.

Al fine di risolvere le incertezze sollevate da parte della dottrina, si trovi in *una sorta di limbo* caratterizzato da previsioni legislative formalmente vigenti ma nella sostanza potenzialmente inefficaci e, quindi, a rischio di una definitiva pronuncia di illegittimità³³, il legislatore delegato è intervenuto emanando il c.d. Decreto correttivo³⁴, che per la parte che qui interessa non ha apportato significative modifiche alla recente normativa in materia di *in house providing*.

5 *Le società house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici*

Il nuovo codice dei contratti pubblici, il D.lgs. 50/2016³⁵, nel dare attuazione a quanto previsto dalle Direttive del 2014 introduce importanti novità anche in tema di affidamenti pubblici.

L'articolo 5 del decreto, dando attuazione alla normativa europea, cristallizza in una disposizione normativa i c.d. *requisiti Teckal*, secondo i quali viene legittimato un affidamento diretto nei confronti di una società *in house* nei casi in cui l'amministrazione esercita sulla su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; oltre l'80 per cento delle attività di questa viene effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione controllante o da altre persone giuridiche da questa controllate; nella società controllata non deve esserci alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati «previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei Trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata».

Il comma 2 della disposizione definisce controllo analogo l'ipotesi in cui l'amministrazione «*eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore*»³⁶.

Questa disposizione definisce inoltre la soglia al di sotto della quale l'attività svolta dalla società controllata nell'interesse dell'ente affidante non può dirsi "prevalente": «oltre l'80 per cento».

Il fatturato da considerare ai fini del calcolo della soglia è quello comunque realizzato in base alle decisioni di affidamento dell'ente controllante e ciò a prescindere dal fatto che il destinatario dell'attività sia la stessa amministrazione affidataria ovvero terzi (es. gli utenti delle prestazioni), a prescindere dalla natura giuridica (di appalto o concessione) del rapporto giuridico instaurato ed a prescindere dalla provenienza territoriale della remunerazione delle prestazioni dell'impresa, essendo in ogni caso

33 Cfr. C. Calvieri, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope... allo specchio*, in *Rivista AIC*, 1, 2017, 12. Cfr. Legge 5 giugno 2003 n. 131, "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3".

34 Decreto Legislativo 16 giugno 2017 n° 100, *Disposizioni integrative e correttive al Decreto Legislativo 19 agosto 2016 n° 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica*.

35 Decreto Legislativo 5 aprile 2016 n° 50, *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*.

36 In questo modo, viene legittimato il controllo analogo "indiretto" o "a catena", che permette ad un soggetto pubblico di affidare in via diretta un servizio ad una società controllata in forma analoga da un altro ente, che il soggetto affidante controlla in forma analoga.

ininfluente il luogo sul quale l'attività viene svolta³⁷.

Il codice dei contratti pubblici, inoltre, all'art. 192, definisce, inoltre regole di trasparenza e pubblicità da applicarsi alle società *in house*.

Il primo comma prevede l'istituzione uno speciale elenco, curato da ANAC, al quale devono iscriversi, su domanda, le amministrazioni che operano mediante affidamenti diretti *in house*.

L'esistenza dei requisiti per l'iscrizione è riscontrata da ANAC, secondo modalità e criteri definiti dalla stessa, ed alla stessa viene attribuita efficacia non costitutiva, ma meramente dichiarativa³⁸.

Le stesse regole di trasparenza sono rafforzate dal comma 3, con il quale viene previsto l'obbligo di pubblicazione sul profilo del committente, in formato *open-data*, di tutti gli atti connessi all'affidamento, ove non secretati.

Va inoltre ricordato che, l'ANAC ha ritenuto di far rientrare le società *in house* nell'ambito delle società controllate dalla P.A. a cui si applicano le norme di prevenzione della corruzione ai sensi della legge n. 190/2012, previa nomina di un responsabile per la prevenzione della corruzione al quale devono essere riconosciuti poteri di vigilanza sull'attuazione effettiva delle misure e di proposta delle integrazioni e modificazioni ritenute più opportune.

Il comma 2 della disposizione in esame si occupa della motivazione dell'atto di affidamento *in house* stabilendo che «*ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*».

Tale disposizione sembra aver cristallizzato un canone di congruità della giustificazione già previsto dalla giurisprudenza e secondo il quale la decisione di un'amministrazione pubblica di avvalersi dell'affidamento *in house*, pur se ampiamente discrezionale, deve essere adeguatamente motivata per quel che riguardano le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano³⁹.

37 Il mancato rispetto del limite «costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 del codice civile e dell'art. 15 del presente decreto» (comma 4), comportando, di conseguenza, l'attivazione del controllo ispettivo in capo, rispettivamente, al Tribunale ordinario ed al Ministero dell'economia e delle finanze, nonché l'eventualità della nomina di un amministratore giudiziario da parte del Tribunale. Nondimeno, in caso di mancato rispetto del limite, ossia di produzione "internalizzata" inferiore ad oltre l'80 per cento del fatturato, «la società può sanare l'irregolarità se, entro tre mesi dalla data in cui la stessa si è manifestata, rinunci a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunci agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci, sciogliendo i relativi rapporti. In quest'ultimo caso, le attività precedentemente affidate alla società controllata devono essere riaffidate, dall'ente o dagli enti pubblici soci, mediante procedure competitive regolate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, entro i sei mesi successivi allo scioglimento del rapporto contrattuale. Nelle more dello svolgimento delle procedure di gara, i beni o servizi continueranno ad essere forniti dalla stessa società controllata»

38 Ciò ha portato ANAC a precisare che, nelle more dell'adozione dell'atto di regolazione e della successiva attività di verifica dei requisiti ed iscrizione, «l'affidamento diretto alle società *in house* può essere effettuato, sotto la propria responsabilità, dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori, in presenza dei presupposti legittimanti definiti dall'art. 12 della direttiva 24/2014/UE e recepiti nei medesimi termini nell'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 e nel rispetto delle prescrizioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 192, a prescindere dall'inoltro della domanda di iscrizione»

39 Va tuttavia precisato che, secondo quanto previsto dalla giurisprudenza, la natura tecnico-discrezionale della valutazione effettuata

In conclusione si ricorda come il codice dei contratti pubblici è stato oggetto di attenzione da parte del legislatore in un successivo decreto correttivo⁴⁰ che ha non ha però apportato rilevanti modifiche al regime degli affidamenti *in house*.

6 *Brevi conclusioni*

L'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazioni pubblica è senza dubbio uno degli elementi più importanti e più attesi dell'intera riforma della pubblica amministrazione tutt'ora in corso, la cui concreta ed efficace attuazione è suscettibile di avere un impatto particolarmente rilevante nel panorama giuridico.

Si tratta di un intervento legislativo che, visto il susseguirsi intensivo, compulsivo e frammentario degli interventi normativi analizzati in precedenza, è stato da più parti ritenuto inevitabile e fondamentale per risolvere alcune delle problematiche più rilevanti riguardanti le società stesse.

La volontà legislativa rinvenibile nello stesso sembra, senza dubbio, essere indirizzata verso una decisa riduzione delle partecipazioni statali anche in considerazione dello sfavore mostrato nei confronti dell'impresa pubblica in forma societaria, ritenuta da parte della dottrina ancora oggi di grande attualità nel panorama giuridico nazionale.

Nel disegno tracciato dal legislatore, quest'ultima dovrebbe svolgere finalità di interesse pubblico e non attività di impresa, con la conseguente interpretazione pubblicistica delle società partecipate, idonea a giustificare un importante regime di regole e vincoli che le allontanano, anche concettualmente, da quelle private⁴¹.

Ne deriva, pur senza nascondere le criticità sottolineate da più parti, che con questo testo unico il settore delle società a partecipazione pubbliche abbia finalmente acquisito "il bene prezioso di una disciplina unitaria"⁴², capace di esaltare, con una previsione organica ed idonea ad eliminare le storture, le inefficienze e gli abusi dell'utilizzo del modello societario, il ruolo dello Stato nell'economia, che, vista l'attuale crisi finanziaria, risulta essere ancora più rilevante e fondamentale⁴³.

Per questo motivo può ritenersi certamente positivo il tempestivo intervento del Governo di correzione del T.U. in ossequio alla già citata sentenza della Corte Costituzionale⁴⁴, auspicando che il decreto correttivo sia in grado di recepire le istanze migliorative invocate dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa.

dalla P.A non possa essere sottoposta all'ordinario sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che questa non si presenti manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità od arbitrarietà, ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti.

40 Decreto Legislativo, 19 aprile 2017, n° 56.

41 Cfr. M. Clarich, B.G. Mattarella, *Prefazione*, G. Meo, A. Nuzzo, (a cura di) *Il Testo Unico sulle società pubbliche*, Bari, 2016, 8.

42 A. Lalli, M. Meschino (a cura di), *Le società partecipate dopo la riforma Madia*, cit., 67.

43 Sul punto si ricorda infine attenta dottrina secondo cui l'impostazione del legislatore, proiettata verso una limitazione del principio europeo della libertà di definizione assegnata alle amministrazioni locali, e dei principi costituzionali (articoli 5, 43, 114,117,118) potrebbe comportare l'apertura di importanti forme di contenzioso. Inoltre, ricordando come le disposizioni nazionali risultino essere eccessivamente restrittive rispetto a quelle europee, viene inoltre sottolineata la possibilità di appellarsi all'istituto della c.d. *preemption* europea, che prevede, nella sua forma più estrema, un effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme alla normativa europea avente una portata tale da vietare norme statuali che si dimostrino più rigide o più permissive. Cfr. A. Lucarelli, *La riforma delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico generale: letture incrociate*, cit., 16. Per un'analisi più approfondita dell'istituto della *preemption*, ma anche A. Arena, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea: esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale*, Napoli, 2013, 52.

44 Si tratta di una scelta volta a scongiurare una futura impugnazione dello stesso dinnanzi al giudice delle leggi, liberando il testo dalla sorta di limbo in cui si trova attualmente R. Bifulco, *L'onda lunga della sentenza 251/16 della Corte Costituzionale*, in *federalismi.it*, cit.

Salvis Juribus

Rivista trimestrale