



NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

LE FRONTIERE DELLA LEGALITA'

– PARTE 3

NUMERO DI MARZO 2013

Sito mensile telematico gratuito
a carattere giuridico-scientifico

Anno 2013

Direttore responsabile: Michela Pecoraro (michela.pecoraro@nuovefrontierediritto.it)

Fondatore: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Direttore scientifico: Federica Federici (federica.federici@nuovefrontierediritto.it)

Coordinatore: Marianna Sabino (marianna.sabino@nuovefrontierediritto.it)

Comitato scientifico in materie giuridiche:

Federica Federici

Emanuela Loria

Barbara Carrara

Domenico Salvatore Alastra

Luigi Caffaro

Agnese Filomena Chionna

Piero Algieri

Domenico Di Leo

Marianna Sabino

Rosalia Manuela Longobardi

Mario Di Lorenzo

Massimo Marasca

Alberto Eramo

Carlo Pilia

Barbara Carfagna

Donatella Rocco

Alessia Canaccini

Giancarlo Trovato

Domenico Arcuri

Valentina D'Aprile

Martino Modica

Aurora Antonella Di Mattea

Specialisti in materie scientifiche: Paolo Capri (psicologo giuridico e criminologo) - Sergio Nucci (medico chirurgo) - Lanfranco Belloni (fisico) - Fabio Delicato (criminologo)

Hanno collaborato alla rivista del mese: Maria Maltese, Claudia Zangheri Neviani, Angelo Michele Benedetto, Aurora Di Mattea, Claudio Amato, Francesco Di Paolo, Barbara Carrara.

Webmaster: Riccardo Scannapieco

Nuove frontiere del diritto è una rivista *on line* fruibile su www.nuovefrontierediritto.it ISSN 2240 - 726X - Nuove frontiere del diritto non è un giornale registrato. Si intende, invece, come un sito che pubblica da gennaio 2013 contenuti i cui responsabili, in sede civile, penale ed amministrativa, sono il nuovo proprietario del dominio web e l'attuale gestione. Le singole posizioni (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.

Nuove frontiere del diritto ha un Gruppo Facebook, una pagina Facebook ed una pagina Twitter (@RedazioneNfd)

La redazione: redazione@nuovefrontierediritto.it

Le e-mails: info@nuovefrontierediritto.it - friends@nuovefrontierediritto.it

Copyright 2013 - Proprietà letteraria e tutti i diritti riservati

Attenzione: La pirateria editoriale ed informatica sono reati. I diritti di traduzione, memorizzazione elettronica, riproduzione ed adattamento (totale o parziale), con qualunque mezzo, sono riservati per tutti i Paesi. Sono consentite la riproduzione, stampa e copia per uso personale. Tutte le altre forme di riproduzioni *on line* ed analogico-digitali potranno avvenire solo col consenso scritto della redazione (redazione@nuovefrontierediritto.it) e con obbligo di citazione della fonte. In caso contrario sono fatti salvi tutti i diritti, i quali si faranno valere sia in sede penale che in quella civile.

NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO



Mese di marzo 2013

S O M M A R I O

- **LA GIURISPRUDENZA COME FONTE (Dott.ssa Maria Maltese)**
- **DISAPPLICAZIONE IN *BONAM* E IN *MALAM PARTEM* DELL'ATTO AMMINISTRATIVO (Dott.ssa Claudia Zangheri Neviani)**
- **ORDINANZE EXTRA ORDINEM, DI NECESSITA', DI URGENZA (Avv. Angelo Michele Benedetto)**
- **CASO MUOS: BREVE NOTA SUGLI ASPETTI GIURIDICI DELLA QUESTIONE (Avv. Aurora Di Mattea)**
- **IL REATO DI DISASTRO, LA NATURA E LE SUE APPLICAZIONI: RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI TORINO (Avv. Aurora Di Mattea)**
- **ATTO – FATTO – NEGOZIO – Premessa e paragrafo 1 (Dott. Claudio Amato)**
- **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA CIVILE (Dott. Francesco Di Paolo)**
- **GLI ANORMALI PERCORSI DELLA MENTE: ALCUNE RIFLESSIONI IN TEMA DI IMPUTABILITÀ' (Avv. Barbara Carrara)**
- **SEGNALAZIONI EDITORIALI**



Con questo numero chiudiamo una serie di tre mensili dedicati alla legalità, al suo principio, alle sue articolazioni negli ambiti civile, penale ed amministrativo e alla sua crisi. Il numero apre con un gradito esordio – come è nella missione di Nuove frontiere del Diritto far nascere e crescere giuristi in erba o scoprire e riscoprire quelli defilati - della D.ssa Maria Maltese in un'analisi della giurisprudenza, ad oggi considerata come fonte normativa a tutti gli effetti. Segue un contributo sulla disapplicazione in *bonam* e in *malam partem* dell'atto amministrativo, attento ed aggiornato della D.ssa Claudia Zangheri Neviani.

In attesa di dedicare un numero al c.d. diritto emergenziale il numero offre un primo approccio alla tematica con un breve saggio sulle ordinanze extra ordinem, di necessità e di urgenza a firma dell'Avv. Angelo Michele Benedetto.

L'Avv. Aurora Di Mattea come spesso ci ha abituati contribuisce con pezzi originali e legati alla cronaca giudiziaria e non: il caso Muos. Sempre a sua firma - e sempre anticipando tematiche legate al diritto emergenziale - troverete un saggio sul reato di disastro, natura e sue applicazioni, partendo anche qui da un caso giuridizario.

Pubblichiamo la seconda parte della corposa trattazione che il Dott. Claudio Amato ha deciso di offrire a più puntate mensili a NFD. Chiude infine la parte di diritto sostanziale la rassegna giurisprudenziale tematica sul principio di legalità a firma del Dott. Francesco Di Paolo, in questo numero in materia di diritto civile.

In ambito procedurale l'Avv. Barbara Carrara, avvocato penalista romano, si addentra negli anormali percorsi della mente scrivendo alcune riflessioni in tema di imputabilità.

Chiudono il numero le segnalazioni editoriali in tema di legalità e non.

Buona lettura,

Federica Federici

LA GIURISPRUDENZA COME FONTE

a cura della Dott.ssa Maria Maltese

1 – Il problema.

Nei manuali istituzionali di diritto, nell'ambito dell'enucleazione delle fonti, si parla del formante giurisprudenziale in termini prevalentemente negativi, dicendo cioè ciò che non sono, non sono fonti del diritto¹.

Eppure nessun operatore del diritto potrebbe ritenere la propria indagine completa senza una attenta analisi degli orientamenti dottrinali e soprattutto giurisprudenziali, specie se di legittimità.

La dottrina più accorta non ha mancato di parlare di vocazione del nostro tempo per la giurisdizione e per la dottrina giuridica².

E tanto questo è vero che da più parti è iniziata una riflessione volta alla rivalutazione della produzione giurisprudenziale, anche in termini di adeguamento del diritto positivo alla realtà storica e sociale, quale fonte concorrente e strumentale di produzione³.

In dottrina si è osservato che l'espressione normale di formazione del diritto è la legislazione, mentre, nel nostro sistema, la formazione giudiziaria della norma giuridica rappresenta l'*extrema ratio* in periodi di crisi⁴.

Partendo dalla predetta riflessione se ne sono tratte le dovute conseguenze, ovvero che tutta una serie di importanti attività, pur demandata la competenza regolatoria ad altri poteri dello Stato sono interessate dal fenomeno della giuridizionalizzazione. Il fenomeno risulta

¹ Per una rassegna si legga GIANNANTONIO, *dottrina e giurisprudenza come "fonti del diritto"*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 10, 1991. Si segnalano poi: BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario*, Padova, 1989; BESSONE, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996; GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, Padova, 1985, pp. 701 ss.; GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V. 80; LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975; MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1997; TARUFFO, *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Studi in memoria di Gino Gorla*, 1994 pp. 383 ss.; TREVES, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971; VISINTINI, *La giurisprudenza per massime ed il valore del precedente*, Padova, 1988; ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli 2006.

² PICARDI, *la giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, in apertura introduttiva del volume, l'Autore ricorda che ...all'inizio del XIX secolo F. K. von Savigny parlò di vocazione dei suoi tempi per la legislazione e la scienza giuridica. Nel XX secolo M. D'Amelio riprese tale espressione in un noto saggio sulla vocazione del XX secolo per la codificazione. Negli anni '70 Irti (in *l'età della decodificazione*, Milano, 1979), parlerà di età della decodificazione. All'inizio del XXI secolo la situazione appare differente e più complessa.

³ BARATTA, *le fonti del diritto ed il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990, p. 189; ALPA, *l'arte di giudicare*, Roma – Bari, 1996, p. 9.

⁴ CALAMANDREI, *il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, p. 48.



accelerato dalle ben note patologie della legislazione ipertrofica ed oscillante in alcuni settori del diritto e la drammatica inattività in altri⁵.

Questa riflessione risulta sollecitata dall'esigenza di risolvere un problema pratico molto importante ovvero quali siano le conseguenze dell'abbandono, anche improvviso, da parte della Cassazione di orientamenti consolidati nell'interpretazione delle norme.

E per conseguenza quale debba essere la disciplina applicabile in siffatte ipotesi.

Il problema non riguarda solo la materia civile, ma anche, e con conseguenze molto serie, la materia penale.

Ciò che si cercherà di fare dunque è di capire cosa è norma e quindi se il formante giurisprudenziale possa essere fonte del diritto, per conseguenza se il mutamento di indirizzo giurisprudenziale debba essere trattato alla stregua di una successione di norme, con tutte le conseguenze applicative del caso.

2 – La giurisprudenza come fonte nel sistema positivo interno.

Nel dettato Costituzionale l'art. 101 comma 1 è prevista la soggezione del giudice alla legge. Si esclude ogni connotazione pretoria e di *jus honorarium* nell'operato della giurisprudenza di legittimità. L'idea della separazione dei poteri impronta fortemente l'impianto costituzionale. E del resto l'art. 1 prel. c.c. non lascia spazio a interpretazioni differenti. In base a tale precetto la fonte di produzione delle norme è il solo potere legislativo, democraticamente legittimato. La libertà nei fini al momento della produzione della norma è totale, salvo solo il rispetto dei superiori principi costituzionali e sovranazionali.

La giurisprudenza è sottoposta a tutto l'impianto normativo. Il diritto c.d. vivente, è realtà più complessa della evoluzione dei *dicta* di legittimità e della stessa giurisprudenza pluralisticamente intesa⁶.

⁵ PICARDI, *la giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, pp. 6 ss. . il fenomeno dell'inflazione legislativa che va inteso tanto come extra produzione, come moltiplicazione delle leggi, ma anche come moltiplicazione dei centri di produzione normativa. Il policentrismo normativo a diversi livelli. E poi va sottolineato il ricorso a strumenti di rango secondario, regolamenti. Tutto questo fenomeno si traduce in un calo di effettività, che si traduce in una minore conoscenza e conseguente minore applicazione.

E del resto anche l'inattività legislativa alimenta il fenomeno di supplenza giurisdizionale tanto in settori in cui si registrino crepe e lacune dell'ordinamento positivo. È facile comprendere che mentre le lacune possano essere colmate in via legislativa, le crepe, ovvero i malfunzionamenti, le disparità, gli stessi errori delle norme, che esigerebbero un intervento da parte del legislatore, finiscono per essere colmati dalla giurisprudenza Costituzionale, tramite le sentenze additive di significato, ad esempio.

E poi l'uso spasmodico di clausole di apertura, espressioni vaghe, concetti di discrezionalità, clausole generali, concetti valvola.

La tematica è stata affrontata in maniera molto analitica⁷ tenendo presente in primo luogo tanto la tradizione giuridica del nostro paese.

Secondo la dottrina tradizionale il valore della giurisprudenza altro non è che di interpretazione, funzionalizzata alla soluzione di problemi concreti e quesiti specifici che vengono posti al giudice⁸.

La ricostruzione suddetta non soddisfa più, emerge in sostanza l'esigenza di valorizzare l'ermeneutica giuridica, non solo sotto il profilo dell'interpretazione, quanto sotto il profilo dell'inquadramento nell'ambito delle fonti materiali del diritto, cosicché per giustificare il passaggio *da una serie di singole norme di origine giudiziale individuali a norme di carattere e portata generale, dotate di forza vincolante per successivi giudizi su casi analoghi, è quella del diritto consuetudinario*⁹.

In prospettiva maggiormente comparatistica altra parte della dottrina abbia piuttosto proposto di istituzionalizzare la giurisprudenza, portando avanti l'idea per cui il precedente di *civil law* dovesse avere forza vincolante non tanto e non solo in forza di un obbligo giuridico, quanto

⁶ ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 830. secondo cui l'art. 101, comma 2, Cost. dispone la soggezione del giudice non già alle norme, bensì alla legge in senso stretto, ossia agli atti della rappresentanza - nonché dei soggetti ai quali questa abbia legittimamente conferito delega di esercizio della funzione legislativa - dal momento che soltanto delle disposizioni di legge può effettivamente postularsi che, corrispondendo al menzionato vincolo di mutuo impegno tra consociati, siano parte integrante del fatto sul quale l'attore (e, sul fronte opposto, il convenuto) basa la propria postulazione di giudizio.

Bifulco, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto". Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008, pp. 117 s.: *tra l'ordine giudiziario e il potere legislativo non deve esserci, come è stato notato, una Spannungsbeziehung, un rapporto di conflitto, bensì la prima deve indirizzarsi verso la realizzazione, quanto più neutrale (e trasparente, grazie alla motivazione) possibile del vincolo legislativo. Il che significa che il giudice è tenuto a stabilire cosa è giusto a partire dal diritto vigente, anche quando questo è lacunoso, indeterminato o poco chiaro. Il vincolo alla legge non costituisce dunque, in nessun modo, un'eccezione all'indipendenza del giudice.*

⁷ CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO, *relazione tematica n. 31 del 29 marzo 2011*.

⁸ BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 48, secondo cui *l'interpretazione, anche dove serve a colmare deficienze di norme e a rinvenire per analogia la massima della decisione, rimane pur sempre soggetta alle valutazioni immanenti e latenti nell'ordine giuridico, inquadrato esso stesso nell'ambiente storico e sociologico in cui vive, con lo scopo di vivificare mediante un incessante ripensamento, di aggiornare e di rimettere a nuovo – seguendo passo passo il moto perenne della vita sociale – le espressioni e le formulazioni sorpassate, conferendo loro quel valore che, senza distaccarsi e prescindere dal significato originario, sia meglio conforme alle esigenze dell'attualità nella cornice del sistema.*

Sotto il primo profilo, essa avrebbe assunto carattere creativo, ma proprio la sua natura ricognitiva rendeva palese che non si trattava di creatività autonoma, originaria e libera, ma *“di un ricreare subordinato, derivato, vincolato ad una oggettività (alterità) irriducibile: quella del precetto da interpretare, inquadrato nell'ordine giuridico di cui è parte”*. Come interpretazione giuridica, fissata da organi di competenza normativa, essa avrebbe spiegato, invece, un'efficacia vincolante, ma non perché ponesse in essere norme vevolevoli per i consociati in generale, *bensì perché individua quello che è il precetto della legge nel caso concreto*. Ciò che si viene ad elaborare e creare sono unicamente *“massime di decisione”*, le quali non potranno assurgere a norme giuridiche *se non in*

virtù di una fonte di diritto, che ne operi la recezione o, comunque, l'assorbimento nel jus conditum; di qui, la meditata esclusione della attività interpretativa dal novero delle fonti di diritto.

⁹ La tesi suesposta viene segnalata nella *Relazione della S.C. di Cassazione, op. cit.*, p. 6, La tesi in parola è stata oggetto di fortissime critiche in quanto si riteneva determinasse l'isterilimento del sistema, ma perché sembrava fondare tale convincimento dalla presunzione che il diritto di origine giurisprudenziale fosse giusto ed in assoluto capace di conformarsi al convincimento giuridico vivente.

piuttosto in ragione della propria forza persuasiva, della propria forza strutturale e non contingente tanto interpretativa quanto anche applicativa¹⁰.

Altra parte ancora della dottrina ha voluto cercare nell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario, un appiglio testuale alla forza normativa della giurisprudenza, ove si assegna alla Cassazione, tra le varie sue funzioni, anche quella di assicurare l'uniforme interpretazione della legge. La detta funzione non potrebbe essere svolta se non vi fosse nel sistema una regola implicita che riconosca efficacia ai precedenti costituiti dalla giurisprudenza della Corte. Questa norma sarebbe dunque una conferma dell'esistenza di un riconoscimento del valore giuridico, e non di mero fatto, della giurisprudenza¹¹.

La necessità è quella di assottigliare le differenze tra i modelli, favorirne il dialogo e la circolazione, la maggiore vincolatività del precetto giurisprudenziale serve in primo luogo a dare certezza agli operatori, oltre che ritornare da un modello giuridico di matrice del tutto autoritativa, ad uno caratterizzato dalla sottoposizione e autovincolo a decisioni prese da giudici autorevoli¹².

¹⁰ GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano 1970, pp. 489 ss. In definitiva, la vincolatività presuntiva veniva ad operare nel senso di sollevare il giudice, che debba esaminare il caso simile a quello in precedenza deciso, da una rinnovata verifica circa la tenuta della ratio decidendi, che è l'elemento il quale viene ad assumere in questo contesto la tradizionale funzione della norma generale ed astratta. La decisione è determinazione del presente sulla base del passato, fedeltà di fatto alla eredità della comunità giuridica, che aspira a proiettare le sue determinazioni nel futuro.

¹¹ TARUFFO, voce *Giurisprudenza*, in *enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1994, BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *"Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale"* 1988, pp. 545 ss.; GALGANO, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *"Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale"*, 1985, p. 42..

Si osserva che in tal modo non si giunge a individuare un'attribuzione di efficacia giuridicamente vincolante ai precedenti della Cassazione, che continuano ad avere un'efficacia soltanto persuasiva; al più, si può derivare una sorta di riconoscimento giuridico implicito di questa efficacia, in quanto si ritenga che il legislatore dell'art. 65 abbia alluso a essa come strumento della funzione unificatrice che dovrebbe essere svolta dalla Corte di cassazione.

Vi sono dunque sufficienti ragioni per ritenere che la giurisprudenza vada oggi annoverata tra le fonti del diritto, in quanto il ricorso al precedente è ormai da tempo un metodo ordinario di individuazione dei criteri di decisione.

Da tali ragioni non può tuttavia derivarsi una trasformazione del nostro sistema nel senso del riconoscimento di un'efficacia vincolante del precedente giurisprudenziale. Esso rimane infatti non più che persuasivo, anche se può essere talvolta intensamente persuasivo. Non a caso si rileva che esso è una fonte suppletiva di diritto, che non ha efficacia normativa autonoma in quanto può avere solo l'efficacia della norma che interpreta, e alla quale attribuisce un determinato significato.

¹² si approfondisca sia su PICARDI, *op. cit.*; GROSSI, *mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; S.C. di Cassazione, *relazione op. cit.* .Il tratto differenziale più significativo tra sistemi giuridici si assottiglia e operando un riavvicinamento, realizzando la circolazione di modelli, che determina da una parte l'allentamento della vincolatività del precetto giurisprudenziale dall'altra la maggiore vincolatività degli stessi.

Il passo ulteriore è quello dell'ampliamento della rete di rapporti nei quali la giurisprudenza si innesta come virtualità vivificante, dal diritto internazionale a quello comunitario, in un contesto di globalizzazione del diritto alla quale si accompagna una inevitabile erosione delle sovranità statuali e che rende ancor più indecifrabile una lettura del fenomeno con la lente del principio della separazione dei poteri, quale precipitato della stagione dell'illuminismo più rigido.

E, invece, nello spazio frammentato del diritto globalizzato proprio il momento giurisprudenziale sembrerebbe costituire un argine alla carenza strutturale di stabilità e certezza, ponendo al centro della propria azione i diritti umani e costruendo, in ambito unionista, quel "Multilevel Constitutionalism", che attinge i contenuti su cui riflettere, ed operare nel concreto, dal patrimonio comune delle tradizioni costituzionali dei Paesi membri dell'Unione, secondo un processo continuo di integrazione giuridica (che mostra di riferirsi a principi non evanescenti, come, per l'appunto, quelli della "miglior tutela" e

3 – La legge nel sistema delle Corti europee sopranazionali.

Se nell'ordinamento interno il quadro positivo è attualmente in divenire, a livello di Corti europee la scelta, dettata dalla necessità, è stata quella di dare valore giuridico primario alle decisioni.

Per la Corte EDU il termine legge include tanto le fonti formali quanto quelle materiali.

L'importanza che, nell'attuale interazione tra ordinamenti e relative giurisdizioni, assume il diritto sovranazionale è centrale anche e ciò ancor più all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del riconoscimento, in esso (art. 6, par. 1 TFUE), da parte dell'Unione, dei *diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali* (c.d. Carta di Nizza), alla quale viene assegnato lo *stesso valore giuridico dei Trattati*.

La Legge deve essere dotata di caratteri di accessibilità e prevedibilità, con tutti i corollari della precisione, sufficiente chiarezza, certezza¹³.

Pertanto anche la giurisprudenza può essere fonte del diritto ed implica il rispetto dei requisiti qualitativi di **accessibilità e prevedibilità**.

Quanto alla prevedibilità si ritiene che il margine di apprezzamento discrezionale, necessario per chiarire i punti più oscuri e controversi delle fattispecie concrete, non rende di per se imprevedibile una disposizione nella sua applicazione concreta.

del "margine di apprezzamento"), che investe non solo la Corte di giustizia e le Corti nazionali, ma anche, in un dialogo proficuo, la Corte europea dei diritti umani, sommamente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Ne nasce, pertanto, una lettura che vorrebbe il momento di produzione del diritto sganciato dal dominio assoluto della politica, per riversarsi anche sul piano giurisprudenziale, senza però, per taluni, fugare i dubbi che si pongono sui cardini del sistema democratico, là dove il principio di legalità e quello della certezza del diritto non sono disgiunti dalla primazia del momento della rappresentatività politica.

¹³ Corte EDU, sent. 26 aprile 1979, *Sunday Times/Royaume Uni*, stralcio (**all. 10**) il termine *legge*, contenuto in più articoli della Convenzione (tra cui quelli da 8 a 11), include sia il *diritto scritto che il diritto non scritto*.

La legge deve essere sufficientemente accessibile: il cittadino deve disporre di informazioni sufficienti, nelle circostanze del caso, circa le norme giuridiche applicabili ad un determinato caso.

È da considerare *legge solo una norma formulata con sufficiente precisione da consentire al cittadino di stabilire la sua condotta; circondandosi qualora necessario di consulenti, deve essere in grado di prevedere, ad un grado ragionevole nelle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto specifico*. Tali conseguenze non devono essere prevedibili con assoluta certezza e, inoltre, la certezza, sebbene sia altamente auspicabile, a volte è accompagnata da un'eccessiva rigidità; o la legge deve adattarsi alle situazioni mutevoli. Corte EDU, sent. 22 ottobre 1996, *Wingrove/Royaume Uni*, stralcio, (**all. 11**); la legge che conferisce un potere di valutazione non è incompatibile in sé con tale richiesta, a patto che la durata e le modalità di esercizio di un tale potere siano definiti con sufficiente chiarezza, visto lo scopo legittimo perseguito, per dare all'individuo una protezione adeguata contro l'arbitrio.

Corte EDU, sent. 22 ottobre 1996, *Cantoni/France*, stralcio, (**all. 12**) un reato deve essere chiaramente definito dalla legge. Una tale condizione è soddisfatta allorché l'individuo può sapere, a partire dalla formulazione della disposizione in materia (art. 7) e, se necessario, attraverso la sua interpretazione da parte dei giudici, quali atti e omissioni implichino la sua responsabilità penale.

Altro passaggio fondamentale, a questo punto, è inerente all'art. 7 CEDU, in particolare si riconosce a livello sopranazionale il principio della irretroattività della norma penale, non solo, anche dell'interpretazione vigente al tempo della commissione del fatto¹⁴.

Le implicazioni sistematiche di questa interpretazione sono di non poco conto, tanto per il riconoscimento di fonti di diritto non legislative, concentrando il discorso della certezza dalla legge al diritto, con riflessi tanto sul principio di irretroattività quanto anche su quelli di colpevolezza, valorizzando il principio di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie della condotta.

4 – Uno sguardo alla *Common Law*. La *rule of law*, regola dello *stare decisis* e suoi rimedi.

Il modello giuridico di *common law* è quello che per eccellenza ha elevato il precedente giurisprudenziale a rango di fonte del diritto.

L'essenza stessa di un sistema giurisdizionale di *common law*, è racchiuso nella c.d. *rule of law*.

L'espressione viene sovente tradotta in *Stato di diritto*. Eppure le differenze di sistema sono profonde.

Comune alle due espressioni è il profilo funzionale di sottoposizione del potere a regole giuridiche che riconoscono e garantiscono il diritto del singolo.

Divergono da un punto di vista sostanziale. Lo Stato di diritto è si fonda sull'autolimitazione dello Stato sovrano mediante il proprio diritto¹⁵.

La *rule of law* consiste piuttosto in un diritto dei giudici e dei giuristi, un *case law*, attraverso cui la comunità dei giuristi produce il diritto, offre tutela al singolo. È lo spirito stesso della *common law*.

Le controversie vengono decise secondo i principi enucleati nell'esperienza giuridica, non solo dedotte dalle norme emanate autoritativamente dal sovrano/legislatore. Lo Stato in sostanza è subordinato anche ad un diritto non proprio¹⁶.

¹⁴ CCGE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, Simoncini, *La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 1960, rileva un legame tra principio di irretroattività, avente come contenuto la ragionevole prevedibilità delle condotte autorizzate e vietate dalle norme, con il principio del legittimo affidamento, *facendo convergere su questo il merito del problema e venendone a rappresentare quasi un corollario*.

¹⁵ SARTORI, *nota sul rapporto tra stato di diritto e stato di giustizia*, in *riv. Intern. Filosofia del diritto*, 1964, p. 311.

La *case law*, si basa sullo studio dei precedenti, ovvero delle pronunce anteriori rese in casi simili.

Un metodo per discostarsi dal precedente vincolante è il *distinguishing*, ovvero la valorizzazione di elementi e particolari che rendono le situazioni dissimili e che pertanto necessitano trattamenti differenziati.

Ove non sia possibile operare un *distinguishing* sorge, se del caso, l'*overruling* e cioè il potere discrezionale della Corte di discostarsi da un precedente della propria giurisdizione. Là dove è presente lo *stare decisis* non c'è *overruling* e viceversa.

Si distinguono due tecniche:

L'*anticipatory overruling* si sviluppa in deroga alla sacralità della regola dello *stare decisis* in senso verticale.

L'*anticipatory overruling* si può rendere in questo senso *una Corte inferiore può rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Suprema qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base di pronunce giudiziarie dei componenti di questa, che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente.*

La *prospective overruling* piuttosto si esplicita nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata¹⁷.

Il rischio insito in tutte le ipotesi di mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale di riferimento sta nella frattura dell'affidamento del singolo sulla regola vecchia, che merita protezione, per cui la decisione verrà resa ancora sulla base alla vecchia regola¹⁸.

¹⁶ Per un rassegna si rinvia comunque a consultare MATTEI – MONATERI, *introduzione al diritto comparato*, Padova, 1997; PICARDI, *op. cit.*, pp. 45 ss. .

¹⁷ Confr. S.C. di Cassazione, *relazione op.cit.*, p. 12.

¹⁸ Confr. S.C. di Cassazione, *relazione op.cit.*, p. 15, Pertanto, al fine di evitare discriminazioni ingiustificate, le Corti usano dettare la disciplina transitoria con una combinazione di retroattività e di efficacia *in posterum*, applicando la nuova norma a tutti i processi iniziati dopo la data dell'annuncio e ad alcuni processi pendenti secondo la fase ed altre circostanze, oppure limitando gli effetti dell'*overruling* esclusivamente al futuro.

5 – L’*overruling* in Italia nella giurisprudenza della Cassazione. La sentenza della Corte Costituzionale, n. 230 del 2012.

Il contrasto di una pronuncia con precedenti non comporta nel nostro ordinamento la violazione del principio di uguaglianza, che tuttavia costituisce un vincolo per il legislatore ed un criterio interpretativo della legge, ma non un vincolo conformativo¹⁹.

Secondo il PIZZORUSSO, *la Corte Costituzionale*, in *Poteri, poteri emergenti, e loro vicissitudini*, a cura di PIVA, l’attitudine dei giudici ad attenersi ai precedenti finisce per trovare il suo fondamento su fattori diversi dalla regola dello *stare decisis*, ovvero *la provenienza dallo stesso giudice che deve pronunciarsi; la provenienza da un giudice che potrà pronunciarsi in sede di gravame; la provenienza dall’organo titolare della funzione nomofilattica*.

Ogni pronuncia deve avere la pretesa di risolvere il caso concreto, tale dover ritenersi esatta e valida per tutti i casi futuri simili, tanto da costituire modello per le future decisioni.

Ogni giudice ha il dovere di verificare il principio giuridico emergente dal precedente, nel senso di verificare la corretta interpretazione della norma giuridica e l’integrazione della legge, ed in caso negativo di discostarsene, anche a scapito del principio di certezza del diritto²⁰.

Con una pronuncia storica la Cassazione civile, SS. UU. 11 luglio 2011, n. 15144, sembra far entrare la regola del *prospective overruling* nell’ordinamento interno²¹.

Ivi stabilisce che ove un consolidato orientamento giurisprudenziale, connotato da imprevedibilità, si risolva in una minorazione del diritto di difesa del singolo, il valore del

¹⁹ in questo senso Cassazione Civile n. 9363 del 2003.

²⁰ in questo senso si leggano: Cassazione civile 3150 del 1981 e 7050 del 1997; Consiglio di Stato 761 del 1987.

²¹ CAVALLA - CONSOLO - DE CRISTOFARO, *le SS.UU. aprono (ma non troppo) all’errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell’affidamento, tipi di overruling*, in *corriere giuridico*, 10/2011, p. 1392. La pronuncia in parola viene dopo un periodo, tra l’estate 2009 ed il settembre 2010, nel quale vi è stata la notevole intensificazione di un fenomeno sin qui, se non inconsueto, meno vistoso e frequente. Quello dell’abbandono improvviso da parte delle Sezioni Unite di orientamenti consolidati nell’interpretazione di norme procedurali in materia di lunghezza o decorrenza di termini o di forma dell’atto d’impugnazione: orientamenti sostituiti, talora addirittura *in obiter* o in carenza di corrispondente eccezione di parte, da novelli dettami sovente di segno più rigoroso, destinati a sfociare in conseguenti preclusioni ad ottenere una decisione *nel merito* sul rimedio giurisdizionale volta a volta esperito. E magari pure in vicende di responsabilità civile dell’avvocato, o comunque in suo grave scorno con rapporto con i clienti reso turbolento.

Si pensi al trittico di pronunce, ben noto sì da consentirne solo un breve richiamo, offerto da Cass., sez. un., 3 settembre 2009, n. 19161, da Cass., sez. un., 30 marzo 2010, n. 7067, e da Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246 (forse la più “famigerata” delle tre, poiché incidente *ex abrupto* ed *in obiter* su un istituto, l’opposizione a decreto ingiuntivo, che fa parte del comune strumentario processuale e dell’esperienza quotidiana degli operatori).

giusto processo impone che la nuova interpretazione sia esclusa nei confronti della parte che abbia in buona fede confidato nel vecchio orientamento.

In materia penale si segnala la fondamentale pronuncia della Corte costituzionale, n. 230 del 12 ottobre 2012, che chiarisce il significato della funzione nomofilattica della S.C.²².

Si legge in sentenza che *il mutamento giurisprudenziale determinato da una decisione delle sezioni unite della Corte di cassazione in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato, non sussistendo la violazione dell'art. 117, primo comma Cost. per contrasto con l'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo atteso che questa, pur affermando che la norma convenzionale sancisce implicitamente il principio di retroattività della lex mitior, non ha mai riferito tale principio ai mutamenti di giurisprudenza ed ha escluso che esso possa operare oltre il limite del giudicato. Inconferente è il richiamo all'art. 5 CEDU come interpretato dalla Corte europea mancando ogni analogia tra il caso da essa esaminato e quello oggetto del giudizio interno, nonché il richiamo all'art. 6 CEDU e alla potenziale lesione del diritto all'equo processo che può conseguire a divergenze profonde e persistenti nella giurisprudenza di una corte suprema circa l'interpretazione di una data norma, riguardando tale ipotesi la diversa fattispecie di contrasti "sincronici" di giurisprudenza, e non quella avuta di mira dal rimettente di contrasti "diacronici" legati alla successione di un orientamento interpretativo ad un altro, a processo concluso. Non sussiste la violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza non essendo manifestamente irragionevole, in relazione alle esigenze di certezza dei rapporti giuridici esauriti, il mancato riconoscimento all' overruling giurisprudenziale favorevole della capacità di travolgere il principio di intangibilità del giudicato stante l'efficacia non cogente ma solo "persuasiva" delle decisioni delle Sezioni unite e comportando il diverso intervento auspicato dal rimettente una sovversione del sistema in quanto creerebbe un rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e il giudice dell'esecuzione al di fuori del giudizio del rinvio. Non sussiste la violazione del principio di*

²² il giudice monocratico aveva sollevato la questione della legittimità dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui tale norma non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna – o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti – in caso di mutamento giurisprudenziale, intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato. Nel caso di specie, il giudice remittente era stato chiamato a provvedere, quale giudice dell'esecuzione, sull'istanza del p.m. di revoca parziale – ai sensi dell'art. 673 c.p.p. – della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti emessa nei confronti di una persona nata in Mali e divenuta irrevocabile nel 2011, a seguito della dichiarazione di inammissibilità del ricorso per cassazione proposto contro di essa dall'imputato. Ricostruzione di FERRETTI, *overruling giurisprudenziale e intangibilità della res iudicata*, in www.altalex.it.

(tendenziale) retroattività della normativa penale più favorevole il quale, attenendo alla sola successione di leggi, non può essere esteso ai mutamenti giurisprudenziali, essendo questi ultimi privi di vincolatività e sussistendo nel nostro ordinamento i principi di riserva di legge in materia penale e di separazione dei poteri in forza dei quali la abrogazione delle norme penali, al pari della loro creazione, può discendere solo da un atto di volontà del legislatore²³.

La sentenza nega in sostanza il ricorrere del principio di necessaria retroattività della norma più favorevole, quando questa si traduca in un mutato indirizzo giurisprudenziale²⁴.

Eppure non sono pochi i precedenti che vanno in una direzione diversa²⁵.

²³ Massima ufficiale numero 36652.

²⁴ Contra si leggano: CEDU più importanti si leggano Corte Europea dei diritto dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia; Grande Camera 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. ed altri contro Italia; 24 aprile 1990, Kruslin contro Francia.

²⁵ La sentenza della Cass. Pen. , sez. I n.. 20130 del 2011 sostiene applicabilità dell'art. 2 comma 2 c.p. trattandosi di fatto non più previsto dalla legge come reato (ancorchè in conseguenza di una pronuncia della Corte di giustizia e non di un'abrogazione legislativa) con conseguente travolgimento del giudicato di condanna.

DISAPPLICAZIONE IN *BONAM* E IN *MALAM PARTEM*

DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

a cura della Dott.ssa Claudia Zangheri Neviani

Sommario: 1) Preambolo; 2) Azioni esperibili davanti al giudice ordinario; 3) Il problema del provvedimento amministrativo come fonte del diritto. 4) La disapplicazione del provvedimento amministrativo davanti al giudice civile; 5) La disapplicazione davanti al giudice penale 6) La disapplicazione dopo l'emanazione del D.lgs 80/98 e della L. 205/2000.

1) Preambolo.

La concreta operatività dell'istituto della disapplicazione presuppone che il giudice sia competente a conoscere la controversia oggetto del procedimento che richiede la disapplicazione dell'atto amministrativo. Il problema ha radici antiche, risale all'attribuzione delle controversie contro la pubblica amministrazione alla giurisdizione ordinaria, a seguito dell'abolizione, con la legge 20 marzo 1865 nr. 2248 all. E, dei Tribunali del Contenzioso amministrativo che furono ereditati dalla nascente Italia dagli stati preunitari; ciò, sulla spinta dell'ideologia diretta a garantire l'estraneità del giudice rispetto alle parti in causa.

Nonostante tale modifica gli effetti furono limitati: *in primis* perché era ancora vasta l'area di conflitti con la P.A. che richiedevano l'intervento dell'autorità giudiziaria, garantendo una maggiore tutela per il cittadino, in secondo luogo perché la competenza del giudice ordinario venne frequentemente negata. Il riconoscimento di detto potere si ha solo con la costituzione, nel 1889 con la L. 31 marzo nr. 5992, della IV sezione del Consiglio di Stato. Con essa si instaura la suddivisione delle controversie contro la P.A. in una duplice giurisdizione, duplice perché tale è il criterio di ripartizione della competenza: uno si basa sulla materia oggetto del contendere; l'altro sulla natura della situazione giuridica, cioè dell'interesse, che si vuole tutelare. Il primo criterio definito del *petitum* è basato sul tipo di domanda che viene rivolta al giudice, con la quale si chiede normalmente l'annullamento di un atto amministrativo (esso non ebbe fortuna). Maggiore successo ebbe il criterio della *causa petendi* che si incentra sulla lesione dell'interesse legittimo delle parti. Al Consiglio di Stato, è, inoltre, riservata la composizione dei conflitti di attribuzione tra autorità amministrativa e giudice ordinario. Ciò

nonostante molte furono le critiche alla riforma in oggetto in quanto la tutela dei diritti soggettivi dei cittadini rimaneva comunque debole.

2) Azioni esperibili davanti al giudice ordinario

Le norme fondamentali in materia sono gli artt. 2, 4 e 5 della L. 2248/1865 all. E..

L'art 2 dispone che il giudice ordinario può conoscere tutte le controversie in cui <<si faccia questione di un diritto civile o politico>> per quanto concerne la materia civilistica e di tutte le cause per contravvenzione per la materia penale. Esso delinea, così, i limiti della giurisdizione del giudice ordinario verso la pubblica amministrazione.

L'art. 4 afferma che <<quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato in quanto riguarda il caso deciso>>. In coordinato con l'art. 5 (di cui si parlerà nel proseguo) tali articoli delimitano i poteri del giudice ordinario in relazione agli atti amministrativi; indicano, cioè, i limiti interni alla sua giurisdizione. Con la conseguenza che:

- 1) Il giudice non può valutare l'atto amministrativo se non limitatamente alla rilevanza che assume nel caso specifico, dovrà, perciò, pronunciarsi *tanquam non esset* e disapplicare l'atto *incidenter tantum*.
- 2) La pronuncia del giudice non avrà, perciò, efficacia *erga omnes* ma solo *inter partes*. Si sottolinea, anche, come il giudizio non può incentrarsi sul merito dell'atto, ma solo sulla legittimità e sulla lesione di un diritto, ne consegue che il giudice ordinario non potrà mai intervenire direttamente su un provvedimento amministrativo.

In base a quanto sopra esposto, tradizionalmente la dottrina negava l'ammissibilità di tutte le sentenze costitutive, dirette ad ottenere l'annullamento, la modifica o la sostituzione di un atto della P.A.; e di tutte le sentenze di condanna che in qualche modo comporterebbero il prevaricare della volontà del giudice ordinario sugli effetti degli atti amministrativi, come per esempio l'ordine di fare o non fare, o di emanare un provvedimento.

Non sono possibili neppure le azioni nunciatriche e i provvedimenti cautelari d'urgenza ex art. 700 c.p.c. in quanto determinerebbero la paralisi degli effetti dell'atto che è alla base del comportamento.

Le uniche azioni esperibili sono, così, quelle di accertamento e di condanna al risarcimento di una somma pecuniaria, a titolo di risarcimento o per inadempimento. Pacificamente ammesse anche tutte le sentenze dichiarative, che non incidono sull'atto e non implicano alcuna esecuzione da parte dell'amministrazione.

Nel corso del tempo la situazione, però, si è modificata, precisando maggiormente i limiti dei divieti in capo al giudice ordinario. Dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto che i limiti si riferiscono solo agli atti posti in essere dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici, così come attribuitigli dalla legge, e non anche quando la stessa assume la veste di contraente "privato", tutte le volte, cioè, che pone in essere atti di diritto civile.(NIGRO)

Per quanto concerne l'oggetto del potere di disapplicazione il problema maggiore è quello della rilevanza della carenza di potere nell'emanazione dell'atto da parte dell'amministrazione (si tratta di quei casi in cui l'amministrazione supera i suoi limiti interni). Per molti anni la teoria tradizionale, basandosi sulla inammissibilità di un potere di controllo del giudice ordinario sulle valutazioni della pubblica amministrazione, negava la disapplicabilità per tutti gli atti viziati da incompetenza o violazione di legge. Recentemente si è, invece, consolidata la dottrina (NIGRO e SANDULLI) e la giurisprudenza per cui le limitazioni al potere del giudice non operano neppure nel caso in cui l'Autorità amministrativa operi in carenza di potere, in questo caso si avrà la mancanza dell'atto amministrativo perché la P.A. invece che emettere un provvedimento di merito ha tenuto un mero comportamento materiale, in tal caso tutti gli atti amministrativi potranno essere soggetti al controllo del giudice ordinario ex art. 5 L.A.C., il quale si riferisce genericamente agli atti <<conformi alla legge>>.. Per SANDULLI sarebbe proprio l'art. 113 cost. a sostenere che il privato può tutelarsi contro qualsiasi vizio di legittimità dell'atto amministrativo, nessuno escluso.

L'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale è quindi giunta ad affermare che gli articoli 4 e 5 L.A.C. sono applicabili anche ai casi di carenza di potere in concreto nonché agli atti

vincolati illegittimi, lesivi di diritti soggettivi; configurando la disapplicazione come uno strumento giuridico generale all'interno del processo civile.

“La norma che la Corte di Potenza ha inteso osservare (l'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E) protegge "l'autorità amministrativa", cioè il potere della Pubblica Amministrazione. Le sono estranei i rapporti nei quali non è configurabile sovraordinazione dell'Amministrazione sull'altra parte, nei quali l'Amministrazione non è autorità, non ha potere. Per esempio, è questa la ragione di fondo per cui questa Corte ha avvertito che ... non sussiste, per il giudice ordinario, divieto di condannare l'Amministrazione a un *facere*, in relazione alla domanda di reintegrazione possessoria avanzata dal privato su di un fondo appreso da quella parte pubblica, nel quadro di una espropriazione per pubblico interesse, successivamente al decorso di tre mesi dal decreto prefettizio autorizzativo dell'occupazione temporanea e d'urgenza e quindi al venir meno dell'efficacia del decreto stesso (art. 20 della legge 22 ottobre 1971, n. 865)”. (Cass. civ. 2092/1992)

3) Il problema del provvedimento amministrativo come fonte del diritto.

Prima di valutare le ipotesi di disapplicazione da parte del giudice ordinario occorre un breve *excursus* sul problema del provvedimento amministrativo come fonte di diritto. Esso sorge nel momento in cui due norme siano in contrasto tra di loro. Seguendo il principio gerarchico *lex superior derogat inferiori*, la norma di grado superiore impedisce a quella di grado inferiore di produrre effetti. In tal senso di sono espresse non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza, la quale ha affermato che il giudice ordinario può disapplicare qualsivoglia provvedimento amministrativo, anche d'ufficio²⁶.

Altri autori, partendo dal presupposto che l'art 5 L.A.C. sia un principio di carattere generale, hanno sostenuto che la disapplicazione non sia un potere del giudice, ma un suo diritto, basandosi come riferimenti normativi, oltre all'articolo sopra riportato, agli articoli 101 co. 2 Cost. e 4 co. 1 disp.prel. c.c.. La critica maggiore a tale impostazione sostiene che operando in questo modo la disapplicazione si ridurrebbe ad un mero procedimento che coinvolgerebbe solo i provvedimenti amministrativi e non anche i regolamenti.

²⁶ Cons. Stato V, 19.09.1995 n. 1332, in *Foro amm.* 1995; Cons. Stato V 24.07.1993, n. 779

La dottrina maggioritaria, per poter procedere anche alla disapplicazione dei provvedimenti, ha optato per ricondurre questi ultimi tra le fonti di produzione del diritto.

Altra parte della dottrina è giunta anche essa alla conclusione che la disapplicazione sia un dovere del giudice e non un potere, ma partendo da un punto di vista diverso. Il fondamento di questo orientamento è l'art. 101 cost. "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", che andrebbe letto insieme all'art. 113 co. 1 Cost. secondo il quale ogni atto della pubblica amministrazione è soggetto al controllo giurisdizionale di legalità. Ne consegue l'affermazione del principio di "stretta legalità nella giurisprudenza" (GUASTINI): i giudici devono disapplicare qualsiasi atto della pubblica amministrazione che sia in contrasto con la legge formale.

La dottrina maggioritaria sostiene, invece, che sia più opportuno applicare il principio di "legalità di giurisdizione" per cui sono da disapplicarsi tutti gli atti che siano contrari alla legge, non solo da un punto di vista formale. Ne consegue che gli atti dell'esecutivo sono vincolanti per il giudice solo se conformi e fondati sulla legge. Da quest'ultimo principio ne deriva conseguenzialmente un altro: il principio di legalità nell'amministrazione, se un atto della P.A. non è fondato e conforme alla legge è invalido e pertanto disapplicabile.

4) La disapplicazione del provvedimento amministrativo davanti al giudice civile.

Il caso limite a cui si può arrivare applicando gli articoli 2 e 4 della L.A.C. è la situazione paradossale in cui il giudice ordinario riconosce l'illegittimità dell'atto, ma dovendo considerare gli effetti di un provvedimento sul quale non può intervenire è costretto a respingere la domanda.

Soccorre in questi caso l'art. 5 della legge sopra menzionata il quale afferma che << le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi a legge>>. L'articolo in oggetto parla espressamente di applicazione, ma dottrina e giurisprudenza vi hanno tratto a contrario **l'istituto della disapplicazione** del provvedimento amministrativo. Il giudice che accerti l'illegittimità di un atto dovrà disapplicarlo, ricostruendo il rapporto come se gli effetti prodotti dal provvedimento non si fossero mai prodotti. Si evidenzia come la disapplicazione sia solo *inter partes* per cui l'atto continua a produrre effetti nei confronti di tutti gli altri.

Nel periodo intercorrente tra l'emanazione della L.A.C. e la costituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, giurisprudenza e dottrina (minoritaria) sostenevano che la disapplicazione fosse uno strumento generale e quindi potesse riguardare sia la cognizione diretta dell'atto ai sensi dell'art. 4 L.A.C. che quella incidentale ex art. 5.

La dottrina prevalente (SANDULLI e VIRGA), in seguito al diffondersi della teoria dell'affievolimento del diritto soggettivo a interesse legittimo, nonché dell'equivalenza degli effetti tra l'atto illegittimo e legittimo, afferma che la disapplicazione opera solo nei casi di cognizione incidentale (ai sensi dell'art. 5 L.A.C., e non dell'art. 4) dell'atto amministrativo, il quale opera da mero antecedente logico della lesione del diritto, e non come oggetto della decisione; con la conseguenza che tale valutazione potrà riguardare solo gli atti illegittimi, e non quelli nulli, essendo questi ultimi già di per se inefficaci.

La disapplicazione incidentale si avrà così tutte le volte in cui essa riguardi atti amministrativi illegittimi presupposti, nonché tutte le volte in cui un privato citi a fondamento di un proprio comportamento o di una pretesa, un provvedimento amministrativo

In giurisprudenza è stato sostenuto che resta salva

“... l'attribuzione al giudice ordinario della cognizione incidentale sull'atto amministrativo e del potere di disapplicazione dell'atto illegittimo nei casi in cui esso venga in rilievo non già come causa della lesione del diritto soggettivo dedotto in giudizio, ma solo come mero antecedente sicché la questione della sua legittimità venga a prospettarsi come pregiudiziale in senso tecnico.” (Cass. ss. uu. 23 gennaio 2006 n. 1207)²⁷

Seguendo tale corrente dottrinale occorrono due precisazioni: in primo luogo le autorità amministrative sono obbligate a conformarsi al giudicato dei tribunali (nel caso in cui tale obbligo venga disatteso, il privato può esperire il rimedio del ricorso di ottemperanza, che gli consente di rivolgersi al giudice amministrativo al fine di ottenere quanto a lui dovuto). In secondo luogo la disapplicazione dell'atto si ha qualsiasi sia il vizio di illegittimità del medesimo, dato che la legge non pone al riguardo limiti di sorta; il sindacato del giudice ordinario non potrà mai estendersi al merito dell'atto.

Riassumendo si può affermare che la disapplicazione è stata delineata dal legislatore in modo da poter garantire la completa separazione del potere giudiziario da quello amministrativo, in

²⁷ In tal senso anche Cassazione 22 febbraio 2002 n. 2588 e cassazione ss. uu. 10 settembre 2004 n. 18263

modo tale da non permettere al giudice ordinario di modificare *erga omnes* la realtà giuridica, con la conseguenza che solo il giudice amministrativo può annullare il provvedimento.

Dal canto suo il giudice ordinario deve accertare la legittimità del provvedimento amministrativo e per fare ciò deve valutare non solo le norme primarie, ma anche quelle costituzionali, coinvolgendo così tutti i profili di legittimità.

L'indirizzo giurisprudenziale

“si esprime nelle seguenti fondamentali proposizioni: c) il divieto di revocare l'atto amministrativo, posto al giudice ordinario dall'art. 4 dell'allegato E alla l. 20 marzo 1865 n. 2218. non può essere inteso specie ove si consideri l'esigenza di massima espansione possibile della tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 113 cost. - nel senso che la stessa pubblica amministrazione sia esente, per privilegio processuale d'ordine soggettivo, da un certo tipo di sentenze: d) il divieto perciò, in quanto correlato alla tutela della funzione pubblica, è operante rispetto agli atti costituenti esercizio di potestà amministrativa o ad attività esecutive di questi, e non anche rispetto a meri comportamenti materiali:” (Cassazione ss. uu. 16 febbraio 1983 n. 1464)

Al contrario il giudice amministrativo valuta l'atto sia dal profilo dell'esistenza del potere della P.A. sia dal punto di vista della sostanza dell'atto, tale ultima valutazione è sempre e comunque preclusa al giudice ordinario. (cass. 27-3-1997 nr 2721)

Dottrina e giurisprudenza esaminano gli effetti della disapplicazione sotto due punti di vista: essi, infatti, differiscono a seconda se la controversia si innesti tra privati, o tra privati e P.A. . In quest'ultimo caso il giudice dovrà valutare gli interessi sottesi in base alle norme dell'ordinamento giuridico, eventualmente disapplicando l'atto amministrativo che ne sia contrario.

Nel caso di controversia tra privati, la disapplicazione assume una valenza differente, ad es. quando il provvedimento della pubblica amministrazione abbia rilevanza incidentale per la risoluzione della controversia. I primi studiosi (STELLA RICHTER E A. PIRAS)osservarono che l'atto amministrativo era estraneo al rapporto intercorrente tra due privati, con la conseguenza che il giudice ordinario non poteva disapplicarlo ma semplicemente ignorarlo. In queste ipotesi il giudice dovrà valutare se vi sia stata lesione del diritto o inadempimento di un

obbligo; l'atto amministrativo avrà rilevanza di mero fatto che dovrà essere vagliata dal giudice, il quale potrà anche decidere di non attribuirgliene alcuna²⁸.

La disapplicazione ha negli ultimi anni assunto, comunque, un ruolo residuale a seguito dell'emanazione del D.lgs. 80/98 e della L. 205/2000 (di cui si tratterà nel paragrafo 6)

5) la disapplicazione davanti al giudice penale.

Problema da sempre dibattuto è quello dell'applicabilità o meno della disapplicazione da parte del giudice penale. La dottrina tradizionale (SANDULLI) sostiene l'opinione che l'art. 5 L.A.C. si applica tanto al giudice civile che penale, essendo il potere di disapplicazione un potere generale e quindi estensibile anche ai giudizi penali.

Tale opinione è stata contestata dalla dottrina più recente, la quale partendo dall'analisi dei principi costituzionali della riserva di legge, della tassatività e della irretroattività della legge penale, sostiene che se da un lato è pacificamente ammessa la disapplicazione dell'atto di cui il giudice ha cognizione indiretta (ciò significa che l'atto è estraneo alla fattispecie criminale), non altrettanto pacifica, invece, è l'ipotesi in cui essa operi all'interno della fattispecie di reato, nel quale può configurarsi come: presupposto del reato, oggetto materiale, circostanza o scriminante del medesimo.

Ne consegue che la disapplicazione in *bonam partem* è universalmente ammessa: con essa si intende il caso in cui il provvedimento dell'amministrazione è di carattere restrittivo ed il giudice penale ha il dovere, nonché, potere di disapplicarlo se, e nel caso in cui, lo ritenga illegittimo. Disapplicandolo assolve il cittadino perché il fatto non costituisce reato. L'esempio tipico è l'art. 15 t.u.l.p.s. (R.D. 773/1931): se la richiesta di comparizione davanti all'autorità pubblica è illegittima, viene meno l'ipotesi di reato. Applicando la disapplicazione non solo viene a mancare l'atto, ma viene anche meno il reato. Ne consegue la sua pacifica ammissione, trattandosi di un istituto conforme al principio del favor rei.

La seconda ipotesi, maggiormente complicata è la disapplicazione in *malam partem*: si ha quando il provvedimento è ampliativo della sfera giuridica del privato, e assume rilevanza diretta all'interno del processo penale in quanto opera dentro la fattispecie criminosa. Sono tutte quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione rilascia un provvedimento

²⁸ In tal senso anche Cassazione 27-3 -1997 nr. 2721

autorizzatorio o concessorio che permette al privato di svolgere una determinata attività. Il problema consiste nel fatto che eliminando l'atto amministrativo si ha il perfezionamento della fattispecie di reato, perché viene meno l'autorizzazione o la concessione, cioè il titolo che abilitava il privato, si avrebbe, quindi, una disapplicazione in *pejus*. Il privato verrebbe condannato per un fatto che al momento del compimento appariva lecito (GALLI). Rimuovendo l'atto amministrativo si applica l'analogia in *malam partem*, la quale non è, però, ammessa nel diritto penale.

Sull'ammissibilità o meno di tale fattispecie dottrina e giurisprudenza hanno sostenuto ogni tesi possibile.

Parte della dottrina, partendo dal presupposto che la disapplicazione è un potere generale del giudice e che l'art. 5 non prevede alcuna limitazione, ammette entrambe le fattispecie di cui sopra.

La dottrina prevalente sostiene, al contrario, che non possa applicarsi la disapplicazione in *pejus* in quanto in contrasto in primo luogo con il principio di tassatività, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1 c.p. e 25 cost.; in secondo luogo perché contraria al principio di irretroattività ex art. 2 c.p.²⁹. Per tale corrente dottrinale se l'atto amministrativo fa parte della fattispecie criminale non è possibile disapplicarlo, il giudice può solo verificare se la fattispecie concreta corrisponde a quella astratta (si tratta della tesi della tipicità), se il provvedimento esiste, il reato no. Per alcuni (CASSETTA) il giudice penale deve valutare gli atti amministrativi al solo fine di verificare che sussista la fattispecie prevista dalla legislazione penale. Si afferma che attribuire al giudice il potere di disapplicazione può portare all'equiparazione di una condotta del privato che, inizialmente irrilevante per la legge penale, si trasforma a seguito della disapplicazione in una figura penalmente rilevante³⁰. Tale conclusione è improponibile in primo luogo poiché in contrasto con il principio di tassatività delle fattispecie penali, in secondo luogo in quanto pregiudizievole per il privato.

²⁹ Alle stesse conclusioni giunge Galli ma partendo da un presupposto diverso: la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale è un falso problema in quanto frutto di una impostazione sbagliata. Partendo dall'esame dei principi costituzionali egli giunge ad affermare che il giudice penale non può procedere alla disapplicazione di nessun atto amministrativo in quanto ciò sarebbe contrario al principio di tassatività (per cui sono reati solo le fattispecie previste dal legislatore e non quelle create da un procedimento analogico del giudice) e al principio di irretroattività della legge più sfavorevole (con la disapplicazione il cittadino viene condannato per un fatto che era lecito e valido al momento del compimento, ma che diventa illecito successivamente a seguito della disapplicazione dell'atto ampliativo emanato dalla p.a.).

³⁰ Classico esempio quello del privato che costruisce un edificio in base ad un atto, se tale atto dovesse essere ritenuto non applicabile da parte del giudice penale si ricadrebbe nel reato di costruzione in assenza di concessione.

All'interno di questa teoria la dottrina si suddivide tra due diverse impostazioni.

a) Per alcuni il potere del giudice ordinario è esperibile solo quando l'atto sia un elemento della fattispecie di reato (c.d. tipicità formale). Nello stesso filone interpretativo vi è da ultima la Cassazione 232/2005 la quale sostiene che la disapplicazione dell'atto può avvenire in casi tassativi di:

- atti restrittivi della sfera giuridica del destinatario;
- in presenza di espressa previsione legislativa;
- adozione di un atto da parte di un soggetto privo di potere;
- macroscopica o eclatante violazione di legge.

b) per la giurisprudenza prevalente e per la dottrina, si può giudicare la validità dell'atto sempre, anche quando il giudice ritenga che la sua legittimità sia un elemento costitutivo della fattispecie criminosa. (c.d. tipicità sostanziale). Seguendo questo secondo orientamento è palese come diventi difficile sul piano pratico per il giudice valutare il bene giuridico protetto dalla norma. La giurisprudenza ha affrontato il problema in oggetto in merito alla reato di costruzione edilizia, ai sensi dell'art. 44 del D.P.R. 380/2001 ammettendo la disapplicazione dell'atto autorizzativo. Tale corrente dottrinale dà una lettura autonoma degli articoli 4 e 5 L.A.C. con la relativa conseguenza che la disapplicazione incidentale (ex art. 5) non presuppone la lesione di un diritto soggettivo. Si ritiene, infatti, sufficiente la mera violazione di un diritto oggettivo, saranno così disapplicabili tutti gli atti sia restrittivi che ampliativi, illegittimi.

La Cassazione (al contrario della giurisprudenza di merito) sostiene la teoria della tesi della tipicità sostanziale. Con la nota sentenza a sessioni unite n. 3 del 17 febbraio 1987 (denominata sentenza Giordano) ha affermato che il giudice penale può disapplicare:

- gli atti amministrativi illegittimi e restrittivi (si tratta di tutte quegli atti che possono incidere negativamente sui diritti soggettivi);
- gli atti ampliativi (sono tutti quelli che non producono una lesione di un diritto del privato, ma che rimuovono un ostacolo all'esercizio di un diritto, vi rientrano, quindi, le autorizzazioni, le concessioni, i nulla osta, per questo motivo vengono definiti ampliativi).

La sentenza Giordano afferma anche, che il giudice penale può comunque conoscere della legittimità di un atto amministrativo, senza doverlo disapplicare, quando ciò sia espressamente sancito da una previsione legislativa che lo prevede (es. l'art. 650 c.p.).

Nel caso di specie i giudici hanno affermato che il reato di costruzione edilizia senza concessione non è configurabile se la concessione rilasciata è illegittima, mentre si ha reato quando la concessione è rilasciata in carenza di potere da un organo che ne è privo. Il bene tutelato dalla normativa oggetto della sentenza è il controllo della pubblica amministrazione sull'attività edilizia con la diretta conseguenza che il reato si configura anche quando il privato costruisce nel rispetto delle norme sostanziale e secondo i parametri dettati, ma senza l'autorizzazione, in quanto in questo caso è violato il bene tutelato dalla normativa, realizzandosi il reato. Questi principi sono stati più volte ribaditi in varie altre sentenze della cassazione, come ad es. la sessione unite del '93 n. 11635 (sentenza Borgia) sempre in materia di edilizia, che, in più, rispetto alla precedente, ammette anche un sindacato del giudice non solo sulla legittimità sostanziale ma anche su quella formale dell'atto.

“Al giudice penale non è affidato, in definitiva, alcun sindacato sull'atto amministrativo (concessione edilizia), ma - nell'esercizio della potestà penale - è tenuto ad accertare la conformità tra ipotesi di fatto (opera eseguenda o eseguita) e fattispecie legale, in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale suddetti convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo. ... Né il limite anzidetto al potere di accertamento penale del giudice può essere posto evocando l'enunciato dell'art. 5 l. 20 marzo 1865 n.2248 all. E, in quanto tale potere non è volto ad incidere sulla sfera dei poteri riservati alla pubblica amministrazione, e quindi ad esercitare un'indebita ingerenza, ma trova fondamento e giustificazione in una esplicita previsione normativa, la quale postula la potestà del giudice di procedere ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata.” (Cassazione ss. uu. 21 dicembre 1993 n. 11635)

Altre sentenze della Suprema Corte hanno, invece, parzialmente modificato il problema del sindacato del giudice sulla legittimità sostanziale sostenendo che esso non rientra nell'ipotesi di disapplicazione dell'atto amministrativo, ma di accertamento della fattispecie criminosa.

“il giudice penale, allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale del titolo abilitativo edilizio, procede ad un'identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna “disapplicazione” riconducibile all'enunciato della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, art. 5” (Cassazione penale sezione III, 21 giugno 1996 n. 21487)

E ancora:

“Il giudice penale, nei casi in cui nella fattispecie penale di reato sia previsto un atto amministrativo ovvero l’autorizzazione del comportamento del privato da parte di un organo pubblico, non deve limitarsi a verificare l’esistenza ontologica dell’atto o provvedimento amministrativo, ma deve verificare l’integrazione o meno della fattispecie penale. (...) Quando il giudice, dunque, ravvisa l’esistenza (ovvero il “fumus” come nel caso in esame) di un’ipotesi di lottizzazione abusiva – pur in presenza di un’autorizzazione rilasciata ... – non opera alcuna disapplicazione del provvedimento amministrativo, ma si limita ad accertare la conformità del fatto concreto alla fattispecie astratta descrittiva del reato” (Cass., SS. UU., sentenza 28 novembre 2001, cd. “sentenza Solvini”)

nonché

“il giudice penale allorquando accerta profili di illegittimità sostanziale del titolo abilitativo edilizio, procede ad una identificazione in concreto della fattispecie sanzionata e non pone in essere alcuna disapplicazione né incide, con indebita ingerenza, sulla sfera riservata alla p.a. poiché esercita un potere che trova fondamento e giustificazione nella stessa previsione normativa incriminatrice. La macroscopica illegittimità del provvedimento amministrativo non è condizione essenziale per la configurabilità di un’ipotesi di reato ex art. 44 T.U. 380/2001, mentre, a prescindere da eventuali collusioni dolose con organi dell’amministrazione, l’accertata esistenza di profili assolutamente eclatanti di illegalità costituisce un significativo indice di riscontro dell’elemento soggettivo della contravvenzione contestata anche riguardo all’apprezzamento della colpa.” (Cassazione del 2006 nr. 21487)

Riassumendo la disapplicazione dell’atto amministrativo all’interno del giudizio penale è ammessa solo se in *bonam partem* qualora il provvedimento rientri tra gli elementi essenziali del reato. È, invece, esclusa quando l’illegittimità dell’atto è elemento del reato e quando tra gli elementi del reato vi sia ricompreso anche un provvedimento ampliativo, disapplicarlo significherebbe violare il principio di legalità. Infatti, la colpevolezza, intesa come principio costituzionalizzato impedisce che il soggetto possa essere punito, a seguito di una disapplicazione in *malam partem*, qualora non fosse rimproverabile per un fatto da lui commesso. Ne deriva che il giudice dovrà, però, disapplicare in *malam partem* l’atto amministrativo illegittimo che abbia rilevanza esterna alla fattispecie criminosa oppure quando funge da scriminante del reato, escludendo l’antigiuridicità della condotta, oppure

ancora nel caso in cui operi da causa estintiva del reato. Sono ammesse quindi solo le ipotesi che si configurino un favorevoli per il reo.

6) la disapplicazione dopo l'emanazione del D.lgs 80/98 e della L. 205/2000

Con l'emanazione degli articoli 33-35 del d.lgs 80/98 e dell'articolo 7 della l. 205/2000 si ha l'ampliamento delle materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei Tar e la relativa restrizione della competenza del giudice ordinario. Si supera, infatti, il tradizionale criterio di riparto fondato sulla dicotomia carenza di potere – lesione di un diritto soggettivo, attribuendo anche il risarcimento del danno al Tar, nonostante che con la sentenza 500/99, le sezioni unite della Corte di Cassazione avessero consacrato il risarcimento danni a favore dei privati lesi nei loro interessi legittimi. I giudici della Suprema Corte, con la sentenza sopra riportata, hanno infatti equiparato l'adozione di un provvedimento illegittimo da parte della p.a. ad una condotta costitutiva dell'illecito aquilano, con la diretta conseguenza che detto comportamento è direttamente apprezzabile dal giudice ordinario come ogni altra condotta simile.

Il d.lgs. 80/98 ha rideterminato la giurisdizione esclusiva del Tar, e la l. 205/2000 all'art. 7 gli ha devoluto il risarcimento dei danni. Questa riforma che avrebbe dovuto eliminare il problema della disapplicazione da parte del giudice ordinario, non sembra che abbia perseguito del tutto il suo fine. Infatti, sopravvive la questione della pregiudiziale amministrativa. In primo luogo in quanto il giudice amministrativo, disapplicando l'atto, procederebbe ad una attività non prevista dall'ordinamento. In secondo luogo, in quanto l'art. 7 co. 3 Tar e l'art. 35 co 5 d.lgs. 89/90 disciplinano la questione in esame come << consequenziali all'annullamento dell'atto impugnato >> presuppongono, perciò, il previo annullamento dell'atto.

Quanto sopra esposto porta ad un ulteriore problema di effettività della tutela del privato tutte le volte in cui questi voglia richiedere il risarcimento danni quando l'atto illegittimo non è più impugnabile per decorrenza dei termini³¹. Oltre al fatto che quando la pretesa di risarcimento è collegata all'adozione di un atto illegittimo, l'unico rimedio per accertare la responsabilità

³¹ Soluzione ammessa dalla Cassazione ss. uu. 434/2000 che ha riconosciuto la legittimità dell'azione per il risarcimento danni anche nel caso in cui questa non sia collegata all'adozione di un atto illegittimo

della p.a. è la disapplicazione dell'atto stesso. In tal senso si è espressa anche il Consiglio di Stato con la sentenza 4/2003 la quale afferma che

“L'azione di risarcimento del danno è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi non regolamentari”. (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 26 marzo 2003 n. 4)

Il privato non può, quindi, chiedere direttamente il risarcimento danni, se prima non ha impugnato l'atto lesivo, ne deriva che se non propone entrambe le domande il giudice amministrativo non può disporre il risarcimento. Nello stesso senso si è espressa anche la suprema corte:

“il giudice ordinario ha la facoltà di disapplicare il provvedimento amministrativo (esclusivamente) quando l'oggetto della controversia è costituito da un diritto soggettivo perfetto e quando la valutazione della legittimità del provvedimento debba avvenire solo in via incidentale, il che si verifica allorché l'atto amministrativo non assume rilievo nella causa del diritto del privato, ma come mero antecedente, sicché la questione della sua legittimità viene a prospettarsi come questione pregiudiziale in senso tecnico e non come questione principale.” (Cassazione 27 marzo 2003 n. 4538)

BIBLIOGRAFIA

Sebastiano Cassarino “*giustizia amministrativa*” Enciclopedia Giuridica Treccani.

Elio Casetta “*Manuale di diritto amministrativo*” Giuffrè Editore.

Ugo Di Benedetto “*Diritto amministrativo giurisprudenza e casi pratici*” Maggioli Editori 2007.

Francesco Caringella “*Manuale di diritto amministrativo*” Giuffrè Editore.

ORDINANZE EXTRA ORDINEM, DI NECESSITA' E DI URGENZA

a cura dell'Avv. Angelo Michele Benedetto

Le ordinanze di necessità e urgenza sono atti amministrativi a contenuto atipico che la pubblica Amministrazione adotta per fronteggiare situazioni eccezionali; la loro peculiarità risiede nella possibilità di poter derogare alla disciplina normativa di rango primario - pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell'ordinamento - per espressa previsione di legge.

L'atipicità del contenuto delle ordinanze distingue le stesse dagli atti c.d. necessitati: questi ultimi, infatti, comprendono quei provvedimenti che possono essere adottati dalla Amministrazione al riscontro di talune situazioni di pericolo già individuate nella norma attributiva del potere (ne costituisce un esempio l'occupazione di urgenza in materia di espropriazioni).

Le ordinanze di necessità e urgenza, al contrario, si connotano per un'atipicità contenutistica; in altre parole, il legislatore provvede a disegnare la cornice entro la quale le ordinanze si devono collocare, ma non ne individua il contenuto al fine di concedere alla Amministrazione quella discrezionalità necessaria perché la stessa possa adeguatamente fronteggiare situazioni eccezionali, per loro natura non predeterminabili in via normativa. In questo senso le ordinanze *de qua* segnano una deroga ai principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi in generale.

Tanto detto in sede proemiale, si appalesa subito una prima considerazione: le ordinanze di cui si tratta si trovano in distonia con uno dei principi cardine dell'attività amministrativa, cioè la tipicità degli atti, principio di notevole rilievo giacché discende direttamente dal principio di legalità. Conseguenza di tale assunto risiede nella necessità di accertare la compatibilità delle ordinanze di necessità e urgenza con il principio di legalità.

Come noto, il principio di legalità governa la totalità delle prescrizioni in tema di attività amministrativa: le sue funzioni si esplicano sia a tutela dei cittadini (evidentemente avverso il pericolo di autarchia della p.a.), sia a tutela del funzionamento del circuito democratico; nella sua accezione più estrema ed estesa, inoltre, il principio di legalità riguarda l'attività autoritativa dell'Amministrazione.

Quanto appena detto si può esporre in altri termini: il principio di legalità impone alle determinazioni amministrative la conformità al paradigma normativo volto, da un lato, a riconoscere alla stessa Amministrazione il potere di porre in essere certe tipologie di atti, dall'altro, a disciplinarne le modalità di esercizio.

In forza del principio di legalità, in particolare, non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo che esista costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa (cfr, *ex multis*, la sentenza della Corte Costituzionale n. 115 del 2011).

Detto ciò, giova osservare che in dottrina e in giurisprudenza si è discusso sull' *ubi consistam* del principio di legalità: ad oggi, risulta prevalente l'accezione c.d. in senso forte (anche detto principio di legalità in senso sostanziale) secondo la quale il principio di legalità impone alla pubblica Amministrazione di rispettare la disciplina legislativa nell'esercizio dell'azione amministrativa, non solo non potendo adottare provvedimenti non previsti dalla legge, ma dovendo rispettare, anche, le modalità di esercizio del potere amministrativo.

Quest'ultimo approccio è stato a più riprese seguito dalla Corte Costituzionale anche in temi recenti.

Molteplici sono i corollari applicativi del principio:

- incide sulla possibilità di portare ad esecuzione coattivamente i provvedimenti amministrativi, ammessa solo nei casi e secondo le modalità stabilite dalla legge;
- implica l'eccezionalità degli atti amministrativi destinati a formare certezza legale privilegiata, ammessi nei soli casi previsti e disciplinati dalla legge;
- pone in dubbio l'ammissibilità di poteri amministrativi c.d. impliciti;
- infine reca con sé la tipicità dei provvedimenti amministrativi, non ammessi al di fuori dei casi previsti e disciplinati dalla legge.

Quanto appena riportato conduce all'importante conclusione secondo la quale le ordinanze di necessità e urgenza costituiscono una parziale deroga al principio di tipicità e conseguenzialmente al principio di legalità. Per questo motivo esse sono anche definite *extra ordinem*.

Prima di passare in rassegna i presupposti delle ordinanze *de qua* e le problematiche attinenti questo istituto, appare necessario, in via ulteriormente preliminare, disquisire sulla natura giuridica delle stesse.

In questo senso, infatti, si contrappongono due diverse tesi: la prima le inquadra tra le fonti del diritto, ritenendo che abbiano natura normativa; per diversa ricostruzione, invece, le ordinanze di necessità e urgenza hanno natura prettamente amministrativa.

Per il primo indirizzo le ordinanze hanno natura normativa poiché la legge consente, in via del tutto eccezionale, di derogare alle norme primarie; si valorizza, dunque, il carattere generale ed astratto delle ordinanze, idonee a trovare applicazione in un numero di casi non predeterminato né determinabile, rivolgendosi alla generalità dei consociati.

Tale tesi è criticata da chi sostiene che è la norma ordinaria che attribuisca alla Amministrazione il potere di adottare le ordinanze di necessità e urgenza; nella norma primaria è contenuta la potenzialità derogatoria alla legge, non nell'ordinanza.

Per differente ricostruzione, inoltre, seguita dalla giurisprudenza costituzionale, l'innovatività, carattere ineludibile delle fonti normative, sarebbe assente nelle ordinanze *de quibus*: a sostegno di tale diversa opzione, si rimarca il frequente contenuto a carattere concreto delle ordinanze, idonee frequentemente ad incidere su situazioni giuridiche soggettive.

I sostenitori di questo orientamento, inoltre, osservano che il potere conferito all'Amministrazione di derogare alla fonte primaria sia eccezionale e temporalmente limitato, inidoneo ad abrogarla o modificarla.

L'adesione alla tesi ora illustrata comporta il riconoscimento della natura amministrativa delle ordinanze di necessità e urgenza, come tali non assoggettabili al sindacato di costituzionalità, circoscritto dall'art. 134 Cost. alle sole leggi ed agli atti aventi forza di legge. Esaminata la questione che attiene la natura giuridica delle ordinanze di necessità e urgenza è opportuno passare in rassegna i presupposti che giustificano l'adozione delle ordinanze in oggetto.

In generale, secondo giurisprudenza consolidata (cfr Consiglio di Stato, sez IV, sentenza del 24 marzo 2006, n. 1537), i presupposti necessari per l'emanazione di provvedimenti contingibili ed urgenti sono: l'impossibilità di differire l'intervento ad altro momento in relazione alla ragionevole previsione di danno incombente (da cui il carattere dell'urgenza);

in secondo luogo, l'inattuabilità degli ordinari mezzi offerti dalla normativa (da cui la contingibilità).

La giurisprudenza maggioritaria, inoltre, prevede che non solo un pericolo grave giustifichi l'adozione dell'ordinanza, ma anche la mera minaccia di un pericolo grave, purché si tratti di una situazione grave che non sia meramente ipotetica, bensì fondata su fatti ed elementi statistici verificabili.

Per quanto attiene al presupposto dell'eccezionalità, giova segnalare che una tesi alla quale aderisce una recente pronuncia del Consiglio di Stato del 10 febbraio 2010, n. 10670, ritiene che l'eccezionalità equivalga ad imprevedibilità: il fatto presupposto dell'adozione dovrebbe essere sopravvenuto, non previsto e non prevedibile, in difetto perderebbe il carattere dell'urgenza.

Tale interpretazione consente un più ampio margine di manovra a favore della pubblica Amministrazione: le ordinanze di necessità e urgenza potrebbero essere adottate, secondo tale ricostruzione, anche se il pericolo grave sia prevedibile (o sussista da tempo), ma è – al momento dell'adozione dell'ordinanza - attuale; ed allora, può concludersi che il pericolo grave, la necessità e l'urgenza di intervenire deve sussistere al momento in cui viene adottata l'ordinanza.

L'eccezionalità non equivale, quindi, a imprevedibilità dell'evento (*rectius* del pericolo), ma a necessità di eliminare il pericolo grave.

È opportuno però osservare, per completezza, che per una diversa ricostruzione l'emissione di ordinanze contingibili e urgenti in presenza del carattere risalente e permanente della situazione dannosa non è ammissibile (cfr, *ex multis*, Tar Veneto, sez I , sentenza del 19 gennaio 2007, n. 148).

Elencati i presupposti che giustificano l'adozione delle ordinanze contingibili e urgenti, al fine di una compiuta trattazione, è necessario dunque esaminare le conseguenze giuridiche dell'accertamento della mancanza dei presupposti che avrebbero dovuto giustificare l'adozione in esame.

Secondo un primo indirizzo, in difetto dei presupposti innanzi elencati, si determinerebbe in capo all'ordinanza adottata una situazione di carenza di potere: l'adozione delle ordinanze *extra ordinem*, infatti, essendo una misura straordinaria, necessita di espressa previsione legislativa, così che verrebbe a mancare il presupposto della stessa attribuzione del potere alla

pubblica Amministrazione. La conseguenza della carenza di potere (*rectius* difetto assoluto di attribuzione) nell'adozione di un atto, come noto, comporta la nullità dello stesso ex art. 21-*septies* della legge sul procedimento amministrativo n. 241 del 1990.

Una diversa tesi, invece, sostiene, in merito, che la mancanza dei requisiti innanzi esposti integra un'ipotesi di cattivo uso di potere o di sviamento della causa tipica nell'adozione di un atto amministrativo; di conseguenza lo stesso è viziato a norma dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990 e perciò sarà annullabile dal giudice amministrativo.

Un altro argomento molto discusso in dottrina e giurisprudenza riguarda la temporaneità delle ordinanze contingibili e urgenti: ancora nebulosa appare ai commentatori e agli interpreti più accorti, infatti, la possibilità di adottare ordinanze *extra ordinem* prive di un limite temporale alla loro efficacia.

Secondo l'interpretazione tradizionale e tuttora prevalente, il potere di adozione di ordinanze è per sua natura provvisorio e quindi deve contenere un limite temporale (cfr, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5721). La gravità del pericolo giustificerebbe un intervento con strumenti eccezionali solo per un arco temporale delimitato. Il limite temporale, in tale prospettiva, si erge a condizione di validità delle ordinanze: in sua mancanza l'ordinanza è invalida in quanto sprovvista del presupposto della eccezionalità.

Una differente posizione ritiene che non possa escludersi a priori la permanenza di ordinanze d'urgenza; le stesse, essendo volte alla tutela dell'incolumità collettiva, devono adattarsi alle situazioni di pericolo più imprevedibili.

In tal senso si è già pronunciato il Consiglio di Stato con riguardo sia alla non necessaria provvisorietà della misura (cfr sentenza del 13 ottobre 2003, n. 6169) sia al necessario carattere di adeguatezza (cfr sentenza del 13 ottobre 2003, n. 6168). Da quanto detto consegue che, ove la fattispecie concreta richieda misure non provvisorie, sarà legittimo il ricorso alle ordinanze *extra ordinem* prive di limite temporale.

A sostegno di tale ultima proposta ermeneutica interviene chi ritiene che obbligare l'ordinanza alla previsione del termine equivalga in un certo senso ad "imbrigliarla"; come innanzi accennato, l'ordinanza ha contenuto atipico, è uno strumento elastico volto a soddisfare esigenze particolari: la necessità, l'urgenza, l'eccezionalità. Il carattere dell'eccezionalità si pone in antitesi rispetto alla temporaneità. L'ordinanza, proprio perché

strumento atipico, elastico, duttile, non deve necessariamente contenere la durata dell'efficacia.

Quanto sin qui esposto pone in evidenza il carattere del tutto peculiare delle ordinanze contingibili e urgenti: esse, infatti, sfuggono a taluni principi cardine dell'attività amministrativa, tanto da essere abilitate a derogare alle norme primarie. Al fine di tutelare i cittadini il legislatore ha previsto dei limiti procedurali ben delineati; tra questi quello generale posto dall'art. 3 della l. 7 agosto 1990 n. 241 non essendo ammesso contravvenire all'obbligo di motivazione in casi di maggiore urgenza. Non solo. L'obbligo di motivazione deve essere per così dire "rafforzato" poiché il legislatore richiede una motivazione che deve dare conto non solo della sussistenza dei presupposti di esercizio del potere, ma anche degli elementi istruttori che hanno determinato l'adozione dell'atto (cfr Consiglio di Stato, sez V, 7 aprile 2003, n. 1831).

A tal proposito si può ripercorrere un principio noto dell'attività amministrativa secondo il quale ad una diminuzione delle garanzie di partecipazione del cittadino all'iter istruttorio dell'atto adottato deve corrispondere un aumento della complessità della motivazione.

Quanto sin qui esposto concerne la disamina, per così dire, generale delle ordinanze contingibili e urgenti. Appare necessario, a questo punto, esaminare nello specifico le ordinanze in oggetto così come predisposte analiticamente dal legislatore.

Due tipologie di ordinanze *extra ordinem* sono degne di analisi per la loro importanza: le ordinanze di cui all'art 54 del d.lgs n. 267 del 2000 (volgarmente detto Testo Unico degli enti locali) e quelle previste dalla legge n. 225 del 24 febbraio del 1992 (legge di istituzione del servizio nazionale della protezione civile).

Per quel che riguarda le ordinanze c.d. sindacali giova soffermarsi sui presupposti di esercizio del potere *extra ordinem* riconosciuto al Sindaco, essendo questi legittimato ad adottare tali tipi di ordinanze in presenza di un pericolo di danno imminente e imprevisto, che coinvolga uno o più interessi pubblici e che non sia fronteggiabile con gli strumenti ordinari messi a disposizione dall'ordinamento giuridico.

L'art. 54, comma 4, del d.lgs n. 267 del 2000, nella formulazione introdotta dall'art. 6 del d.l. n. 92 del 2008, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, della legge n. 125 del 2008, più precisamente stabilisce che *"il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato provvedimenti anche contingibili ed urgenti nel rispetto dei principi generali*

dell'ordinamento, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana”.

La giurisprudenza si è diffusamente soffermata sui presupposti di “*pericolo di danno grave*” e quello di “*indilazionabilità dell'intervento urgente*” e, con la sentenza n. 4436 del 2008, il Consiglio di Stato ha precisato e delimitato il concetto di contingibilità ed urgenza ribadendo che le ordinanze *extra ordinem* devono essere giustificate dalla imprevedibilità dell'evento: situazione questa che “*deviando dall'ordine naturale e regolare degli eventi non può che essere affrontata che con strumenti anch'essi irregolari*”, quali appunto solo le ordinanze in questione.

È stato rilevato dai commentatori più attenti, peraltro, che fosse rilevante esaminare e i concetti di “incolumità pubblica” e “sicurezza urbana”: scorrendo la casistica pretoria si rinviene una interpretazione stringente di questi concetti, così che, *ex multis*, si può citare l'igiene pubblica, la salute, il traffico, l'inquinamento acustico ed atmosferico.

Detto ciò, al fine di delineare in maniera precisa e puntuale contenuto e disciplina delle ordinanze sindacali, viene in soccorso una importante sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 13 giugno 2012, n. 2799 la quale, in modo sintetico ma univoco, illustra compiutamente tale istituto e che vale appena la pena di riprodurre: “*La potestà propria del Sindaco di adottare provvedimenti contingibili ed urgenti ex art. 54, d.lgs. n. 267 del 2000 va considerata strettamente finalizzata a prevenire e ad eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini. Il potere di urgenza, quindi, si può esercitare solo al fine di affrontare situazioni aventi carattere eccezionale ed imprevisto costituenti una concreta minaccia per la pubblica incolumità e per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico, con la conseguenza che tali ordinanze si caratterizzano per l'assenza di indicazioni circa le modalità di esercizio del potere, a fronte di situazioni eccezionali di necessità e di urgenza*”.

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alle ordinanze sindacali, negli ultimi tempi, non ha coinvolto solo i presupposti per la loro adozione, ma ha avuto ad oggetto anche la modifica introdotta dall'art. 6 del d.l. n. 92 del 2008: l'introduzione nell'art. 54, comma 4, della locuzione “anche” prima delle parole “contingibili ed urgenti” ha, nei fatti, notevolmente esteso la potestà dei sindaci che, oltre alle ordinanze *extra ordinem*, hanno potuto emanare ordinanze ordinarie, con uso eccessivo e talvolta errato di queste ultime. Ciò in quanto, dalla

formulazione di siffatta disposizione, sarebbe inequivoco il significato letterale e logico della norma, dovuto all'inserimento della congiunzione, attribuendo al sindaco un potere di ordinanza più ampio, prescindendo dalla sussistenza dei presupposti della contingenza ed indispensabilità. In altri termini, con l'introduzione della congiunzione "anche", il sindaco sarebbe autorizzato ad adottare ordinanze derogatorie alle leggi vigenti, con conseguente violazione dei principi di legalità e tipicità, senza che la deroga sia giustificata dalla contingibilità e dall'urgenza. Per tale ragione, è intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n.115 del 2011, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 54, comma 4, eliminando dalla novellata disposizione la congiunzione "anche". La Corte a completamento della decisione ha, infine, sostenuto che non è sufficiente che l'esercizio di tali provvedimenti abbia come finalità la tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, sia pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa. Tali provvedimenti devono essere dunque adeguatamente motivati e rispettare il principio di ragionevolezza e proporzionalità dovendo fronteggiare necessità attuali e concrete mediante l'utilizzo, ove sia possibile, di regole che tutelino l'interesse pubblico con il minor sacrificio di quello privato (secondo il principio c.d. di proporzionalità dell'agire amministrativo). La conseguenza di tale importante sentenza consiste nella riduzione del potere dei Sindaci di adottare ordinanze, ritornando esso stesso, così, nel suo alveo originario individuato dall'antecedente testo (ante novella del 2008), ovvero limitato alla emanazione di ordinanze contingibili ed urgenti a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana.

Esaminate le ordinanze sindacali è appena il caso di passare brevemente in rassegna le ordinanze di cui alla legge n. 225 del 1992, le quali attengono alla materia della protezione civile: esse sono appannaggio del Governo qualora *ex art. 2, comma 1, lett. c) "calamità naturali o connesse con l'attività dell'uomo che in ragione della loro intensità ed estensione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo"*.

In particolare, il Governo, a norma dell'art. 5 della stessa legge, al verificarsi degli eventi di cui sopra *"delibera lo stato di emergenza, determinandone durata ed estensione territoriale in stretto riferimento alla qualità ed alla natura degli eventi"*.

In altre parole, lo stato di emergenza abilita il Governo a comprimere, attraverso le ordinanze contingibili e urgenti, i diritti fondamentali e gli ambiti di autonomia costituzionalmente riconosciuti agli enti territoriali: il Governo, quindi, esaminata la particolare situazione di fatto venutasi a creare, la qualifica alla stregua di una “situazione di emergenza” mettendo in moto un meccanismo che sacrifica l’ordine costituzionale. La specialità di un siffatto potere ha indotto il legislatore a chiarire *expressis verbis* che l’efficacia delle ordinanze deve essere limitata nel tempo.

Quanto appena esposto conduce a rassegnare alcune conclusioni: le ordinanze contingibili e urgenti rappresentano un istituto atipico per l’ordinamento; da ciò discende un ampio dibattito attorno alle stesse che mira, per lo più, a disegnare i contorni entro i quali i poteri della pubblica Amministrazione devono agire. I poteri emergenziali, però, pur se discussi, devono essere considerati fondamentali per l’ordinamento, perché, pur se violativi del principio di legalità, tendono a conservare l’ordine democratico in cui viviamo, tanto che la Corte Costituzionale ha definito il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti alla stregua di uno “*strumento indispensabile per opporsi a situazioni di pericolo non altrimenti contrastabili con strumenti ordinari offerti dall’ordinamento*”.

**CASO MUOS:
BREVE NOTA SUGLI ASPETTI GIURIDICI
DELLA QUESTIONE**

a cura dell'Avv. Aurora Di Mattea

Per MUOS si intende Mobile User Objective System, un sistema di comunicazione per utenti mobili, che consente di operare una connessione ed incrocio di dati provenienti dalle stazioni collocate anche a notevole distanza l'una dall'altra. Tale sistema si compone di un impianto di antenne di notevole grandezza, che collocate in sito di interesse strategico, consente in ambito militare di garantire un adeguato modello di difesa. Senza prendere parte al dibattito politico, non essendo questa la sede a ciò deputata, è interesse di chi scrive rassegnare le questioni giuridiche emerse, offrendo così all'attento lettore la possibilità di esaminare una questione sotto il profilo prettamente giuridico.

Con richiesta del 17/09/2012 il PM di Caltagirone, dott. Giordano presentava richiesta di sequestro preventivo dell'area sita nel comune di Niscemi, al fine di evitare ed impedire il proseguo dei lavori di realizzazione della Stazione di Radio comunicazione, denominata MUOS in seno al procedimento penale iscritto nei confronti del direttore dei lavori e dei legali rappresentanti delle ditte esecutrici e subappaltatrici. L'ipotesi di reato contestata agli indagati è la violazione della normativa urbanistica ed a tutela del paesaggio. Più nel dettaglio, è stata iscritta notizia di reato per i reati di cui agli artt. 81 cpv, 110 e 181 comma 1, t.u d. lgs n. 24/2004 in relazione al disposto degli artt. 142 lett f) e 146 d.lgs n.24/2004 perché con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, senza la prescritta autorizzazione in difformità di essa, eseguivano e facevano eseguire i lavori per la realizzazione del sistema di radiocomunicazioni, denominato, MUOS, lavori ricadenti all'interno della riserva naturale orientata, denominata Sughereta di Niscemi, di in edificabilità assoluta e sito di interesse comunitario. Tale costruendo impianto si inserisce nell'ambito delle infrastrutture realizzate sul territorio nazionale e finanziate da Paesi Alleati come previsto dal d.p.r. 2005 n.70 e che a sua volta rimanda alle fonti di diritto internazionale che regolamentano i rapporti tra Italia e Stati Uniti. In virtù del trattato del Nord Atlantico del 1949, e dell'accordo bilaterale BIA, italo-statunitense sulle infrastrutture realizzate in territorio italiano con fondi americani o comuni, in diverse parti del paese si trovano disseminati siti di natura militare americana ed

infrastrutture a supporto delle Forze Armate Americane. A regolamentare l'uso delle basi è il Memorandum d'intesa tra il ministero della difesa nazionale ed il dipartimento della difesa statunitense, noto come Shell Agreement. Tale accordo è stato concluso ne febbraio 1995 , come accordo in forma semplificata e non è stato oggetto di pubblicazione³². Il sito oggetto di interesse è collocato all'interno della Base militare NRTF, c.da Ulmo, appartenente al demanio statale, ramo difesa Aeronautica, mentre il costruendo impianto satellitare fa capo alla Base militare di Sigonella. La realizzazione del sistema di comunicazione, facente parte di un ambizioso progetto militare di livello mondiale, era già noto al Ministero della difesa alla data del 31/10/2006, quando comunicò allo Stato Maggiore della Difesa ed alla Direzione militare americana l'atto di approvazione dell'opera meglio nota come MUOS, nell'area di Niscemi, quale progetto rientrante nelle iniziative infrastrutturali dietro finanziamento statunitense.

Con la conferenza di servizi del 09/09/2008, indetta ai sensi dell'art. 14 della l. 241/1990 e dell'art. 122 della l. reg. 2001/6, venne rilasciato dai partecipanti, parere favorevole all'esecuzione dei lavori. Al tavolo tecnico parteciparono il Comune di Niscemi, l'Ispettorato Regionale Forestale di Caltanissetta, ente gestore della Riserva, il Dipartimento Regionale Territorio e Ambiente, L'UPA di Caltanissetta, e la Us Navy, 41° Stormo Sigonella. Il Comune di Niscemi con atto del 09/09/2008 concesse il nulla osta all'esecuzione dei lavori, anche se nell'osservanza di una serie nutrita di prescrizioni, derivanti dalla analisi della valutazione di incidenza ambientale. Il sito su cui insiste la costruzione dell'opera militare rientra nella Riserva Naturale Orientata, "Sughereta di Niscemi", istituita con D.A. 475/1997, ed altresì riconosciuta come sito di importanza comunitaria ITA050007. Stante la immanenza del vincolo nell'area interessata, ai fini di qualunque opera è necessaria l'acquisizione del parere dell'Assessorato Regionale Territorio ed Ambiente, e la instaurazione della procedura di valutazione di incidenza ambientale, al fine di tracciare l'habitat naturale e gli effetti dell'opera. In seno all'iter di valutazione di incidenza ambientale si colloca la relazione redatta dall'ing. Cantoni su richiesta del Comune di Niscemi, Dipartimento Urbanistica. Dallo studio operato anche sul campo, si deduce che la costruzione del MUOS è compatibile con lo stato di conservazione del sito della Sughereta di Niscemi. Nel proseguo dell'iter nessuna

³² Nonostante la vigenza della L. 839/1984.

rilevanza era stata data alla tutela della salute pubblica, e soprattutto agli effetti nocivi sulla comunità di Niscemi delle onde elettromagnetiche generate dal sistema di comunicazione. A riguardo, a conclusione dei lavori della conferenza di servizi il Comune, nella persona del Sindaco, ha inviato al Ministero della Difesa una missiva, con la quale chiedeva a riguardo chiarimenti sulla nocività del MUOS per le zone abitate limitrofe interessate dalla diffusione delle onde. Il Ministro della Difesa ha replicato sentenziando che si erano espressi favorevolmente tutti i competenti organi dell'Amministrazione della Difesa e dal quale si evince: " ... il rischio del! 'esposizione del personale ... è minimo ed improbabile; ... la distanza di sicurezza dal! 'emissione elettromagnetica pericolosa ... sarà imposta mediante l'istal!azione di una recinzione di sicurezza; ... ai sensi del DM 381/98 ... la misurazione del! 'inquinamento da radio frequenze ... sarà eseguita appena i sistemi saranno installati e pronti ad operare ". di seguito si segnalava che l'ARPA non aveva proceduto a verificare preventivamente i rischi dell'emissione di onde differendone la analisi al completamento dell'opera. In ragione dell'inadeguatezza della risposta fornita dal Ministero della Difesa, il Comune di Niscemi, provvedeva in autotutela a revocare il nulla osta rilasciato in data 09/09/2008, ritenendo necessario ed opportuno il riesame della proposta sia in ordine alla valutazione di incidenza ambientale sia in ordine alla verifica del nocumento alla comunità derivante dalla propagazione e diffusione delle onde elettromagnetiche, alla luce anche del fatto che nella zona è già presente un presidio militare di comunicazione radiomobile. Nel dicembre 2009 la Regione Siciliana ha disposto la ripermimetrazione dell'area su cui sarebbero state eseguite le infrastrutture, spostandolo dalla Zona B alla Zona A, con dei vincoli ancora più restrittivi. L'Assessorato Regionale Territorio ed Ambiente in data 28/06/2011 autorizzò l'esecuzione del progetto, senza la preventiva convocazione di una nuova conferenza di servizi con riguardo alla perimetrazione dell'area. Avverso tale provvedimento il Comune di Niscemi ha proposto ricorso al Tar di Catania per ottenere la sospensione di efficacia. La Procura di Caltagirone, ha ravvisato nell'autorizzazione dell'Assessorato un provvedimento illegittimo, che giunge a distanza di due anni dalla conferenza dei servizi, che nelle more non ha preso in considerazione l'esito degli studi svolti dal Politecnico di Torino, sui gravi rischi alla salute derivante dall'esposizione alle onde. Nonostante l'opera in oggetto sia da inquadrare all'interno delle costruzioni statali, ed in particolare militari, la disciplina normativa da osservare è quella dell'ordinamento italiano, e di seguito rientra nei casi di cui

all'art. 147 d.lgs 42/2004, che in deroga alla disciplina generale, sottopone tutte le opere statali, comprese quelle relative agli alloggi militari, all'autorizzazione paesaggistica, che deve essere rilasciata a seguito della conferenza dei servizi. La tutela del paesaggio non può essere sacrificata rispetto ai progetti infrastrutturali di difesa. L'organo inquirente ha in primo luogo ritenuto il provvedimento dell'Assessorato Regionale privo di motivazione, ed in evidente contrasto con le prescrizioni del vincolo paesaggistico. In seconda battuta ha riscontrato delle contraddizioni intestine relative agli studi compiuti e a livello territoriale sul parco e a livello sanitario. Per ultimo alla luce della legge reg. art. 10 l. 16/1996, è statuito il divieto di costruzione delle aree vincolate. La mancanza di motivazione del provvedimento autorizzativo in ordine alla tutela paesaggistica è spettro di una difformità dell'atto amministrativo dalle prescrizioni urbanistiche, e come tale è oggetto di verifica da parte del giudice, che senza scomodare il potere di disapplicazione è tenuto a valutare se l'atto amministrativo presupposto di legittimità dell'intervento sia conforme ai dettami legislativi (Cass. Sez. Unite 12/11/1993 Borgia).

Il gip ritenuta la sussistenza del *fumus boni iuris*, e riconosciuta l'opera priva di autorizzazione, sia perché ricadente su zona soggetta a vincolo paesaggistico, sia perché priva del nulla osta revocato in autotutela dal Comune di Niscemi, a seguito della ripermimetrazione dell'area su cui doveva sorgere l'impianto ha disposto il sequestro. Avverso l'ordinanza di sequestro preventivo ha proposta riesame il Ministero della Difesa, quale proprietario delle opere in corso di completamento e come tale legittimato ai sensi dell'art. 322 c.p.p. In primo luogo il Ministero della Difesa ha ribadito che l'opera in oggetto è destinata alla difesa nazionale, e come tale non è soggetta ad alcun permesso di costruire o concessione edilizia. Ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. 170/2005 sono infrastrutture per la difesa militare le installazioni permanenti e quelle temporanee relative a specifiche esigenze di dispiegamento, destinate al sostegno operativo. Viene censurata la preclusione alla realizzazione di qualunque opera all'interno della Sughereta perché sottoposta a vincolo di in edificabilità assoluta, replicando che si tratta di un'opera pubblica destinata alla difesa militare ricadente prima di tutto sul demanio statale, divenuta riserva naturale solo successivamente. Viene altresì ribadita la legittimità della procedura di autorizzazione paesaggistica come prevista dal combinato disposto di cui agli artt. 146 e 147 del d.lgs 42/2004, che ha trovato conferma nella pronuncia

del Tar e del Supremo Consesso, e pertanto esclusa la sussumibilità nella fattispecie di reato di cui all'art. 181 del caso de quo.

In data 26/10/2012, il Tribunale del Riesame di Catania, ha annullato il decreto di sequestro e disposto la restituzione all'avente diritto. Partendo dalla premessa che la conferenza dei servizi ha natura istruttoria –decisoria e che la determinazione adottata è un provvedimento che completa e sostituisce tutti gli atti di assenso e di autorizzazioni rilasciate dalle singole amministrazioni, il tribunale del riesame addiviene alla conclusione che il nulla osta rilasciato dal Comune è un atto endoprocedimentale servente. A seguito dell'instaurazione del provvedimento di revoca in autotutela del Comune di Niscemi, l'Assessorato Territorio ed Ambiente è intervenuto per la valutazione di impatto ambientale, autorizzando l'installazione del sistema di comunicazione. Secondo l'organo giudicante è da escludere la carenza motivazionale dell'autorizzazione del 28/06/2011, che ha fatto propri i pareri tecnici acquisiti e positivi sulla compatibilità ambientale. Non può riconoscersi un divieto generale di costruzione, considerato che il sito, come si evince dalla relazioni richiamate nel provvedimento autorizzativo ha una scarsa presenza di fauna selvatica, e la realizzazione del progetto non comporta la perdita di specie di vegetazione. A conferma della legittimità dell'iter procedurale viene fatto espresso richiamo alla pronuncia del Tar di Catania, che ha ritenuto assai dubbia la revoca in autotutela da parte del Comune di Niscemi del nulla osta favorevole, e confermato altresì la legittimità del titolo autorizzativo rilasciato dall'Assessorato Regionale.

IL REATO DI INFORTUNIO SUL LAVORO E DI DISASTRO,

LA NATURA E LE SUE APPLICAZIONI:

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI TORINO

a cura dell'Avv. Aurora Di Mattea

Il tribunale di Torino con sentenza del 1 febbraio 2012, ha scritto una pagina importante su una vicenda che negli anni ha segnato la storia sociale e lavorativa del nostro paese e del contesto europeo, ma soprattutto nella lettura giuridica che ha saputo dare sapientemente dei fatti. Viene accertato un rapporto di causalità tra l'esposizione all'amianto e l'evento morte, e per addivenire a tale traguardo decisionale il giudice di prime cure ha ritenuto che l'esposizione all'amianto sia stata causa primigenia delle forme patologiche di asbesto e carcinoma polmonare e che il mesotelioma può definirsi una patologia dose-correlata, facendo salva la minore incidenza sullo status patologico delle modeste esposizioni. Viene ancora una volta esclusa la credibilità scientifica della c.d. dose killer, e così viene riconosciuta la responsabilità penale e la presupposta posizione di garanzia degli imputati, succeduti nella gestione degli impianti. Senza aggiungere altro sul tema della causalità, - ma non per ragioni di superficialità, solo per il fatto che tale tematica è stata approfondita e trattata nell'inserito pubblicato, lo scorso mese, e a cui rimando lo scrupoloso lettore - è altresì degna di nota la qualificazione giuridica che i giudici della Mole Antonelliana hanno riscontrato.

Con la sentenza in commento vengono condannati alla pena finale di anni 16 di reclusione S.S e L.D.M.D.C, i due soggetti al vertice della Eternit S.p.a., titolare degli stabilimenti italiani di lavorazione dell'amianto, negli stabilimenti di Monferrato, Cavagnolo, Rubiera e Bagnoli.

Con il capo a della rubrica veniva contestato il reato di cui all'art. 437 commi 1 e 2 c.p. *per avere omesso di collocare impianti apparecchi destinati a prevenire malattie-infortunio, e, in particolare, patologie da amianto* (carcinomi polmonari, mesoteliomi pleurici e peritoneali, asbestosi o patologie asbesto correlate non di natura tumorale) presso gli stabilimenti di

Cavagnolo, Casale Monferrato, Bagnoli, Rubiera³³. con l'aggravante che dal fatto derivano più casi di malattia infortunio in danno di lavoratori addetti presso i suddetti stabilimenti ad operazioni comportanti esposizione incontrollata e continuativa ad amianto, e deceduti o ammalatisi per patologie riconducibili ad amianto, in epoca successiva al 13 maggio 1999. Mentre con il capo b veniva invece addebitato il reato di cui all'art. 434 c.p., *per aver commesso fatti diretti a cagionare un disastro e dai quali è derivato un pericolo per la pubblica incolumità* e, in particolare,

- 1) per avere nei predetti stabilimenti o messo di adottare i provvedimenti tecnici, organizzativi, procedurali, igienici necessari per contenere l'esposizione all'amianto (³⁴), di curare la fornitura e l'effettivo impiego di idonei apparecchi personali di protezione, di sottoporre i lavoratori ad adeguato controllo sanitario mirato sui rischi specifici da amianto, di informarsi ed informare i lavoratori medesimi circa i rischi specifici derivanti dall'amianto e circa le misure per ovviare a tali rischi;
- 2) nelle aree private e pubbliche al di fuori dei predetti stabilimenti fornito a privati e a enti pubblici e mantenuto in uso, materiali di amianto per la pavimentazione di strade, cortili, aie, o per la coibentazione di sottotetti di civile abitazione, determinando un'esposizione incontrollata, continuativa e a tutt'oggi perdurante, senza rendere edotti gli esposti circa la pericolosità dei predetti materiali e per giunta inducendo un'esposizione di fanciulli e adolescenti anche durante attività ludiche;
- 3) presso le abitazioni private dei lavoratori o messo di organizzare la pulizia degli indumenti di lavoro in ambito aziendale, in modo da evitare l'indebita esposizione ad amianto dei familiari conviventi e delle persone addette alla predetta pulizia;

³³ Per avere o messo di adottare idonei impianti di aspirazione localizzata, idonei sistemi di ventilazione dei locali, - sistemi di lavorazione dell'amianto a ciclo chiuso, volti a evitare la manipolazione manuale, lo sviluppo e la diffusione dell'amianto, idonei apparecchi personali di protezione;- organizzati sistemi di pulizia degli indumenti di lavoro all'interno degli stabilimenti. presso i suddetti stabilimenti ad operazioni comportanti esposizione incontrollata e continuativa ad amianto, e deceduti o ammalatisi per patologie riconducibili ad amianto, e, in particolare.

Fatti commessi dal 27 giugno 1966, come modificato dal PM all'udienza del 20/12/2010.

Con l'aggravante che il disastro è avvenuto, in quanto l'amianto è stato immesso in ambienti di lavoro e in ambienti di vita su vasta scala e per più decenni mettendo in pericolo e danneggiando la vita e l'integrità fisica sia di un numero indeterminato di lavoratori sia di popolazioni e causando il decesso di un elevato numero di lavoratori e di cittadini, tale da estendersi all'intera collettività. A seguito di una corposa istruttoria dibattimentale i giudice piemontesi sono addivenuti all'accertamento della responsabilità penale in capo agli odierni imputati, per il reato di cui all'art. 437 c.p. solo per i fatti successivi al 13 agosto 1999. Mentre per il reato di disastro innominato l'ipotesi accusatoria è stata avallata solo con riguardo ai fatti accaduti in Casale Monferrato e Cavagnolo, essendo intervenuta la prescrizione per le vicende inerenti gli altri due stabilimenti.

E ancora, in merito alle richieste avanzate dalla nutrita schiera di parti civili costituite, il Tribunale ha altresì condannato al risarcimento dei danni da liquidarsi in separata sede, concedendo in parte la provvisoria come richiesta dalle stesse.

Esaurita dopo otto udienze la trattazione e la disamina delle questioni preliminari sollevate dalla difesa, viene iniziata la corposa istruttoria dibattimentale che si è svolta nell'arco di 39 udienze, il Tribunale di Torino addivene alla pronuncia di condanna.

Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 437 e contestato nel capo A, il giudice di primo grado, dopo una breve riflessione sistematica, sul reato in esame, ha ravvisato nella condotta degli imputati la condotta omissiva di collocamento di apparecchi, impianti e segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro. Tale ipotesi delittuosa collocata dal legislatore in seno al capo I, titolo VI, nei delitti contro la pubblica incolumità, e in particolare nei delitti di comune pericolo mediante violenza, è qualificata dalla dottrina come reato di pericolo astratto, che anticipa la soglia di tutela ad una fase antecedente alla concreta lesività della condotta. Il bene giuridico, a tutela del quale è posto, è l'incolumità pubblica, una nozione per certi versi indeterminata ed indeterminabile, finendo per rimanere un precetto vuoto, ovvero non destinato a trovare conforto nella prassi applicativa. Invero come ha suggerito attenta dottrina, la tutela dell'incolumità pubblica non è una nozione astratta e priva di riflessi reali nella tutela penale ma rappresenta un bene strumentale attraverso cui si tende alla difesa

del bene finale, quale la vita la dignità e la salute di un numero indeterminato di persone³⁵. Ai sensi del comma 1 dell'art. 437 c.p. viene sanzionata la condotta di chi omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia, ne discende che la risposta sanzionatoria offerta dal legislatore è antecedente al verificarsi dell'infortunio o del disastro, proprio nell'intento di impedire all'interno dei luoghi di lavoro delle prassi comportamentali avventate che creano un rischio per la salute e l'incolumità dei lavoratori. È quindi obbligo del datore di lavoro la installazione di impianti e dispositivi in grado di salvaguardare la salute di ciascun lavoratore. Lo spazio applicativo di riferimento è rappresentato dal luogo di lavoro, così che si può ritenere che il reato sia a tutela dell'incolumità dei lavoratori, l'area di tutela su cui interviene la norma incriminatrice non definisce esattamente il perimetro applicativo della norma fissando parametri per qualificare il luogo di lavoro, proprio con l'evidente intento di identificarlo non solo con le fabbriche o le aree cantierali ma qualunque spazio che venga adibito allo svolgimento dell'attività lavorativa ed all'interno della quale devono essere predisposti gli impianti e gli apparecchi di tutela dell'incolumità dei lavoratori. Tali strumenti hanno come destinazione cautelare la prevenzione di disastri o infortuni. Per disastro è da intendere un evento lesivo coinvolgente un numero indeterminato di persone, mentre l'infortunio si sostanzia in situazioni di pericolo anche di lieve entità che colpiscono un singolo lavoratore. Secondo un orientamento dottrinario prevalente il delitto sussiste anche se la condotta ha compromesso la integrità di un solo lavoratore, estendendo i confini applicativi della fattispecie al di fuori delle situazioni di pericolo particolarmente gravi ed incombenti su un numero indeterminato di persone³⁶. Invero, in un primo momento la giurisprudenza³⁷ tendeva ad escludere autonomia concettuale alla nozione di infortunio, in ossequio alla concezione di espansività e diffusibilità dell'offesa insita nella nozione di disastro e nel bene giuridico protetto, ma tale lettura interpretativa comprometteva la ratio legis della norma incriminatrice, espungendo dalla latitudine applicative quelle situazioni di pericolo che verificandosi in piccole imprese non erano caratterizzate dalla gravità delle condizioni di fatto e dall'elevato numero di persone coinvolte. Proprio nel tentativo di recuperare la esatta lettura

³⁵ Alessandri, *Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art. 437 c.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, 263.

³⁶ Alessandri, *Il pericolo per l'incolumità pubblica nel delitto previsto dall'art. 437 c.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, 263.

³⁷ Cass. pen. 10/10/1995, CED 202718.

della previsione, la dottrina concepisce il principio di diffusibilità dell'offesa inerente alla sfera di beni come l'incolumità sul lavoro, come interesse giuridico da salvaguardare e preservare da condizioni di pericolo, che in forza della stessa espansività, possono aggredire e un singolo soggetto e una moltitudine di persone. Tale interpretazione accredita la definizione del reato de quo come fattispecie di pericolo astratto, che contiene in re ipsa una soglia di offensività penalmente rilevante. La dottrina³⁸ ha tuttavia operato un distinguo tra il pericolo astratto e l'impossibilità di qualsiasi accertamento della pericolosità. Invero informandosi alla concezione realistica del reato, sottopone la condotta incriminata all'esame di una concreta offensività, come se il pericolo fosse effetto medesimo della condotta. Ma nel reato de quo, il pericolo non è l'evento ma il presupposto, di talchè laddove lo stesso non sia ravvisabile nella fattispecie in esame, verrebbe meno la stessa tipicità penale³⁹. Diversamente il giudice torinese, allontanandosi dalla definizione netta tra pericolo astratto e pericolo concreto, tra pericolosità insita e pericolosità da accertare, ha sottoposto a revisione critica la lettura tradizionale offerta dalla dottrina, per rintracciare nei recenti arresti giurisprudenziali un cambiamento di rotta ermeneutica. Ha in particolare sottolineato come la nozione di pericolo immanente alla stessa fattispecie deve essere valutata alla luce dei principi di determinatezza, tassatività ed offensività, escludendone la sussistenza nel caso in cui la violazione della regola cautelare doverosa non implica alcun rischio o allarme per l'incolumità. Pertanto il giudice, seguendo questo orientamento interpretativo, non deve limitarsi a verificare la mancata adozione dei dispositivi previsti, ma se la inosservanza delle norme cautelari si è tradotta in un sostanziale pericolo per i lavoratori. Oggetto materiale della condotta per entrambe le forme di manifestazione del reato, omissiva e commissiva, è costituito dagli impianti dagli apparecchi e dai segnali. Per impianto la dottrina intende un complesso di elementi interagenti, finalizzati ad un risultato unico e collocati in maniera stabile, l'apparecchio pur avendo comune destinazione con il primo costituisce un dispositivo singolo, mentre il segnale è identificato con una serie di simboli grafici che segnalano all'interno dei locali le condizioni dell'ambiente lavorativo. Con riferimento alla portata applicativa delle norme cautelare sottese alla predisposizione di tali strumenti preventivi, la difesa degli imputati ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 437 1° comma nella parte in cui non sono specificate quali sono le concrete misure da adottare. È

³⁸ Si veda Giovagnoli, Zagrebelsky.

³⁹ Alessandri

stato in particolare segnalata la contraddizione tra il reato in esame, le cui norme cautelari presupposte sono generiche e le contravvenzioni antinfortunistiche che hanno come presupposto cognitivo una norma cautelare chiara e specifica e la conseguente disparità sanzionatoria tra il reato in esame, per cui è prevista la pena della reclusione, e le contravvenzioni, che hanno una risposta sanzionatoria di minore entità. Il giudice di prime cure respinge le paventate censure di costituzionalità della norma sottolineando la diversità della fattispecie de quo rispetto alle contravvenzioni antinfortunistiche sia in ordine all'elemento oggettivo sia in ordine all'elemento soggettivo. Per la configurabilità del reato di cui all'art. 437 c.p. occorre che la rimozione o l'omessa collocazione degli apparecchi impianti abbia messo in pericolo l'incolumità e che il datore di lavoro abbia agito con la consapevolezza del pericolo e del rischio che ne sarebbe derivato. Viene in particolare richiamato un risalente indirizzo giurisprudenziale⁴⁰. Invero se la soluzione interpretativa offerta dal giudice di prime cure è pacifica in sede giurisprudenziale, diversa è la prospettazione ermeneutica offerta in ambito dottrinario, che esclude la sussistenza di un concorso tra le fattispecie⁴¹. Il rapporto tra la norma di cui all'art. 437 e le contravvenzioni come previste dal d.lgs. 2008/81, viene ricondotto nelle forme del concorso formale, e qualificato come di specialità bilaterale o reciproca. Ne discende che le contravvenzioni di cui al d.lgs 81/2008 sono norme speciali nella misura in cui definiscono in maniera precisa le modalità di azione ed i tipi di strumenti, impianti e macchinari da adottare. È speciale il reato di rimozione dolosa perché a differenza delle contravvenzioni è punibile a titolo di dolo. Ne discende che in linea di principio nel caso di apparente concorso va applicata la norma del codice penale, considerato il carattere sussidiario delle contravvenzioni, anche se non viene espressamente menzionata una clausola di riserva. Di diverso avviso è l'indirizzo dottrinale che distingue lo spazio di applicabilità delle due norme di settore, in relazione alla destinazione funzionale, così che si ritiene integrato il delitto di cui all'art. 437 c.p. se la violazione comporta un pericolo per un numero indeterminato di persone, se l'obbligo violato compromette la situazione lavorativa di una sola persona viene applicata la contravvenzione. La genericità delle norme cautelari a cui rinvia l'art. 437 c.p. non è tuttavia fonte di incostituzionalità del precetto, come sostenuto dalla difesa, ed invero la dottrina⁴² non ha

⁴⁰ Cass. Sez. 1 - sentenza n. 350 del 20 novembre 1998, Mantovani.

⁴¹ Padovani, *Diritto penale*, p. 176

⁴² Pulitanò, *Igiene e sicurezza sul lavoro*, in *Dig. Pen.*, 1980, 150.

tardato a sottolineare che l'intero impianto normativo sulla sicurezza nel luogo di lavoro è permeato dai principi di tutela e salvaguardia della sfera lavorativa di ciascuna persona che si muova in un'area addetta allo svolgimento di tale attività. Il dlgs 81/2008 si muove in tale senso e prima ancora l. 626/1994. Ma il legislatore del codice civile ha codificato all'art. 2087 c.c. il principio generale che il datore di lavoro *“adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*⁴³.

La norma in esame nel richiamare sia la condotta commissiva sia quella omissiva impone tuttavia una distinzione con riguardo al soggetto attivo che, nel primo caso può essere chiunque, diversamente in quella omissiva, l'autore del reato può essere solo colui che è investito dell'obbligo di collocare gli impianti, apparecchi e segnali. Nella versione omissiva la fattispecie assume la veste di reato proprio, e destinatario diventa solo colui che è tenuto a svolgere la condotta doverosa omessa. La titolarità dell'obbligo appartiene quindi al datore di lavoro, ovvero nelle grandi società a chi si occupa materialmente della vigilanza e della sicurezza sul luogo di lavoro. Il tribunale di Torino chiamato a verificare quali sono gli obblighi violati e le condotte doverose omesse ha richiamato sia le norme contenute nel dlgs 81/2008 sia le precedenti previsioni normative quali il r.d. 3 febbraio 1901, n. 45, nel r.d. n. 364/1903, nel r.d. n. 660/1906 e poi ancora nel r.d. 1306/1911, nel r.d. n. 431/1913, nel r.d. n. 998/1913, nel r.d. 1. n. 1881/1920.

Ed proprio in relazione al caso in esame, le condotte doverose omesse come contestate dalla pubblica accusa hanno determinato il sorgere di infortuni. La contestazione mossa, mettendo da parte il concetto di disastro opportunamente ricondotto nell'alveo di cui all'art. 434 c.p. è invece ravvisata nella mancata prevenzione delle ipotesi di malattia- infortunio. A riguardo occorre in primo luogo definire il concetto di infortunio e la diversa nozione di malattia. Invero la giurisprudenza come la dottrina ha escluso che l'infortunio sul lavoro possa ricomprendere anche quello di malattia. Invero il d.p.r. 1965 /1124 definisce l'ipotesi di infortunio come un accidente che determinato da una causa violenta occorsa in occasione del lavoro, che ha comportato la morte o una inabilità anche temporanea. La malattia professionale è invece una contrazione della patologia a causa del lavoro. Ne consegue che l'insorgere di una malattia quale effetto derivante dallo svolgimento di una determinata

⁴³ Cass pen. 5.4.2001, ric. Merlini .

attività lavorativa non dipende sempre da una causa violenta. Ma la giurisprudenza in merito ha esaminato quali possano essere le modalità di aggressione e gli effetti scatenanti la violenza della causa elaborando così la categoria di malattie professionali che sono derivate dalla presenza di condizioni abnormi di lavoro, al di fuori degli standard di sicurezza⁴⁴. A segnare la svolta è in primo luogo la sentenza n° 12367 del 9 luglio 1990, ric. Chili, che ha definito la nozione di malattia infortunio, ovvero quelle sindromi morbose imputabili all'azione lesiva di agenti esterni diversi da quelli meccanico-fisici, purché insorte in esecuzione di lavoro. Si tratta in particolare di patologie di origine barica, elettrica, chimica e radioattiva, diversamente le malattie professionali ricomprendono solo le sindromi morbose contratte nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma non determinate da agenti esterni lesivi. A tale tesi si è opposta parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁵, che ha ravvisato in questa interpretazione estensiva un contrasto con il divieto di analogia e con il principio di tassatività delle fattispecie penali. Invero la Consulta, interpellata sulla legittimità costituzionale dell'art. 437 c.p. nella parte in cui non annovera l'ipotesi della malattia professionale accanto all'infortunio, ha rigettato la sollevata eccezione, proprio in ragione della natura estensiva che una decisione di accoglimento avrebbe avuto sulla norma penale⁴⁶. A conferma delle difficoltà applicative derivanti dall'interpretazione estensiva, viene anche in rilievo il profilo di ricostruzione causale ipotetica richiesta ai sensi del 1° comma dell'art. 437 c.p, che fondandosi su una valutazione ex ante deve accertare la condotta doverosa omessa quale fonte fattuale da cui scaturisce la malattia. Di recente la giurisprudenza ha preferito recepire le istanze interpretative di natura estensiva, superando i dubbi di incostituzionalità annidatisi sulla vicenda. Ed invero il Tribunale di Torino nel richiamare tale indirizzo ermeneutico ha sottolineato che il sentiero argomentativo adottato non è teso alla sussumibilità della nozione di malattia professionale nel novero dell'art. 437, ma nel riformulare una nozione di infortunio, che sia legata ad una situazione patologica causata da una azione violenta. Così ragionando si tende a recepire il concetto di malattia infortunio quale conseguenza di una situazione lavorativa priva delle opportune misure di salvaguardia e di prevenzione. Diversamente la malattia professionale è frutto di una attività lavorativa, che pur in assenza di illiceità e violazioni di norme cautelari, determina la contrazione di una

⁴⁴ Cass. pen. 14/01/1999, n. 350, *DPP*, 1999, 293.

⁴⁵ Trib. Padova 03/11/1984, in tal senso Fiandaca, Musco, *Manuale di diritto penale, Parte Speciale*, 2002, p.509.

⁴⁶ Corte Cost. ord. 232, 1983.

sindrome morbosa. Il concetto di infortunio non ha una perimetrazione definita e tende a restringersi con il proliferare di normative di prevenzione atte a contenere gli effetti patologici di alcune attività lavorative. Nell'ipotesi in cui come nel caso di specie in cui l'infortunio o il disastro si verifica, viene in rilievo il 2° comma dell'art. 437 c.p. mettendo da parte il concetto di disastro e differendone la trattazione alla disamina dell'ulteriore fattispecie di reato contestata, è opportuno in questa sede procedere alla analisi dogmatica della aggravamento dell'evento. Una parte della dottrina qualifica l'aggravamento come una circostanza aggravante a tutti gli effetti⁴⁷, e così qualificata accederebbe al giudizio di bilanciamento. Parte della giurisprudenza lo qualifica come reato aggravato dall'evento, in questo caso però il disastro o l'infortunio non è oggetto di volizione, e non subisce alcun bilanciamento nel giudizio di valore. Nel caso in esame mentre la pubblica accusa lo ha qualificato come evento aggravato, e le parti civili come figura autonoma di reato, diversamente la difesa dell'imputato lo ha ricondotto nell'alveo delle circostanze aggravanti. Il Tribunale di Torino ha disatteso la qualificazione proposta dalla difesa, e richiamando la pronuncia della Cass. a Sezioni Unite⁴⁸, che in materia di elementi descrittivi delle circostanze aggravanti e le sue differenziazioni è intervenuta indicando i criteri da adottare e quelli da prediligere nel districato intreccio di profili propri del reato e altri tipici delle circostanze aggravanti. Viene in particolare modo fatto ricorso al criterio strutturale che tende a valutare gli elementi costitutivi del reato e gli elementi accidentali indicati nelle circostanze. Secondo il principio della specialità per aggiunta, per specificazione o unilaterale la circostanza aggravante dovrebbe contenere tutti gli elementi del reato, con l'aggiunta, la specificazione o l'introduzione di un aspetto fattuale ulteriore. Sebbene la giurisprudenza⁴⁹ abbia sull'art. 437 comma 2° sostenuto in maniera pacifica la natura di circostanza aggravante, il giudice di primo grado la esclude considerando che non vi è coincidenza tra gli elementi essenziali del primo comma e quelli indicati nel secondo comma. Il dolo del disastro non è contemplato nel primo comma così come è diverso la natura del reato previsto nel 2° comma, di danno, rispetto a quella previsto nel primo comma, reato di pericolo. Secondo un orientamento che non ha trovato spazio nella motivazione della sentenza la ipotesi descritta nel capoverso rappresenta una figura di delitto a struttura preterintenzionale, ma tale figura di

⁴⁷ Fiandaca Musco, *Diritto penale Parte Speciale*, 2002, 510.

⁴⁸ Sez. U - sentenza n. 26351 del 26 giugno 2002 Ud. - dep. 10 luglio 2002 - imp. Fe. - rv. 221663

⁴⁹ Cass. Sez. 1 - sentenza n. 20370 del 20 aprile 2006 ud. - dep. 14 giugno 2006 - imp. Si. - rv. 233779

reato non si concilierebbe con la struttura della fattispecie, che escluderebbe una imputazione oggettiva dell'evento di disastro essendo necessaria la volizione e quantomeno la coscienza che tale condotta arrechi un danno di vaste proporzioni. Per cui la imputazione a titolo di colpa del secondo comma non è ammissibile nel caso di specie, considerato altresì il fatto che il concetto di infortunio non è qualificato con riferimento al lavoro, potendo ricomprendere così una sfera di destinazione ancora più ampia.

La fattispecie delittuosa di cui all'art. 434 c.p. costituisce una norma di chiusura volta a tutelare la incolumità pubblica al di fuori delle fattispecie previste all'interno del Capo I, titolo VI. La disposizione penale che certamente non eccelle per tecnica legislativa contiene in sé due distinte fattispecie incriminatrici, che se omogenee sul versante degli elementi costitutivi differiscono in relazione all'evento a cui le condotte tendono: il crollo di costruzioni ed altro disastro. Ai sensi dell'art. 434 c.p. chiunque fuori dei casi preveduti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione ovvero altro disastro, è punito se dal fatto deriva un pericolo per la pubblica incolumità. Si è dinanzi al delitto di attentato, che anticipa la soglia della rilevanza penale ad un momento antecedente la realizzazione del crollo o del disastro, proprio al fine di tutelare un interesse giuridico la cui rilevanza e proporzione richiede una anticipazione della soglia di tutela. Di diversa natura è il reato previsto dall'art. 434 comma 2° c.p. che sanziona il reato con una pena più severa se dalla condotta è derivato il crollo o il disastro. Proprio alla luce della fattispecie prevista nel capoverso, la dottrina tende ad assimilare strutturalmente la condotta di reato di cui al 1° comma alla figura del tentativo, che nel caso de quo si sottrae così alla disciplina generale dell'art. 56 c.p. per divenire una fattispecie di reato autonoma e distinta. Affinché sussista tale ipotesi di reato è necessario che dalla condotta derivi il pericolo per la pubblica incolumità. Secondo una parte della dottrina la nozione di pericolo era ascrivibile ad una condizione obiettiva di punibilità, secondo altro indirizzo è da ricondurre all'elemento soggettivo del reato ed in particolare alla qualificazione del dolo eventuale. In realtà il pericolo rappresenta l'evento finale che deve venire in essere per la configurabilità del reato e pertanto è elemento costitutivo della fattispecie, su cui deve posarsi lo sguardo attento del giudice, chiamato a verificare se nel caso concreto sia sorto il pericolo alla pubblica incolumità. Il reato può dunque ritenersi integrato se dalle circostanze fattuali emerge la univocità e la idoneità degli atti a cagionare il crollo di una costruzione o altro disastro. Per crollo deve intendersi una

disastro di notevoli proporzioni che metta in serio pericolo l'incolumità pubblica, e quindi la decomposizione di un intero edificio e degli elementi strutturali portanti che comportano l'inevitabile caduta della struttura intera. Oggetto di oscillanti interpretazioni è la nozione di disastro, che si differenzia dalle altre omonime accezioni presenti nel codice penale per la aggiunta dell'aggettivo "altro", proprio al fine di separarne la omogeneità concettuale con le altre forme di disastro catalogate nel codice. Proprio per la diversa latitudine applicativa, la dottrina ha nel tempo esteso la nozione a situazioni fattuali non relegabili alle forme di un disastro. Negli ultimi anni, la giurisprudenza si è impegnata insieme alla dottrina ad un'opera di riqualificazione della nozione di disastro, purificandola da accezioni prive di attinenza e di afferenza alla pubblica incolumità.

Se è quindi pacifico che la fattispecie in esame deve presentare i requisiti strutturali e teologici presenti nelle altre ipotesi di disastro previste se ne distacca proprio morfologicamente, deve trattarsi di un evento di grandi proporzioni che non trova tutela adeguata nelle altre fattispecie di reato. La Corte Costituzionale ha infatti estromessa la questione di legittimità costituzionale indicando i due requisiti essenziali la "potenza espansiva del nocimento" e l'"attitudine a mettere in pericolo la pubblica incolumità"⁵⁰.

Nel caso di specie il giudice torinese non ha avuto particolari dubbi nel ritenere integrata la condotta, considerata la forte espansività della condotta e dei suoi effetti, anche se discostandosi dalla ipotesi accusatoria che la qualificava in termini di condotta omissiva.

Avverso tale pronuncia il Procuratore Generale ha interposto e nei giorni a seguire si attende la pronuncia della Corte di Appello, che seguiremo al fine di offrire altri interessanti punti di osservazione e riflessione.

⁵⁰ Corte Cost. n. 327 del 2008.

FATTO, ATTO, NEGOZIO⁵¹

a cura del Dott. Claudio Amato

1.Premessa. 2. Fatto, Atto, Negozio: linee generali. La responsabilità dei genitori quale ipotesi di fatto illecito 3. Un ipotesi dubbia di atto: l'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore. Teorie. 4. Atto e negozio: la mediazione e il contratto di lavoro 5. Negozio e contratto: la remissione del debito 6. Il fatto, l'atto e il negozio nella prospettiva delle fonti delle obbligazioni. Le nuove frontiere: il contatto sociale e l'obbligazione senza prestazione. 7. I c.d. rapporti contrattuali di fatto. [8. Un nuovo modo di intendere il negozio giuridico fra patrimonio e persona: cenni sul danno non patrimoniale da inadempimento.]

1.Premessa⁵²

In un'epoca di crisi economica, che altro non è se non il risvolto patologico di una crisi sociale, e perché no, anche morale, del mondo contemporaneo, la società (collettività/comunità) volge gli occhi nuovamente verso il diritto. A seguito dei recenti crack finanziari, cadute di governi, rivolte di piazza (in nord Africa o in Medio Oriente, ma anche in Europa) si alza una voce che chiede un ritorno forte dello stato. Si invocano nuove regole, riforme, interventi puntuali. Regolarizzazione del mercato, allontanamento dal modello liberal-liberista, nuovi modelli organizzativi, spinte verso una decrescita e verso un nuovo modello di economia. Parimenti, se da un lato si invocano interventi statali che migliorino il lato materiale della vita umana, dall'altro si continua con forza a sentire sempre più pressante la richiesta di una formalizzazione, di un riconoscimento, dei cosiddetti nuovi diritti, che negli ultimi anni sono emersi in seno alla società. Diritti che attengono alla sfera personale dell'uomo, troppo spesso dimenticati, trattati con indifferenza. Con pregiudizio per l'intera comunità; pregiudizio sentito in modo ancor più forte in un sistema che si dice democratico, ma che invece sembra preoccuparsi più del patrimonio (che dovrebbe essere un mezzo) piuttosto che di coloro che di quel patrimonio dovrebbero servirsi (cioè le persone), che in un sistema costituzionale come il nostro dovrebbe essere il fine supremo, nucleo attorno al quale si è edificato, e continua a strutturarsi un sistema, un ordinamento.

⁵¹ In questo numero si riproduce la premessa e il paragrafo 2.

⁵² In tale articolo non verranno trattati né il tema della fattispecie né il tema del procedimento, in quanto richiederebbero un approfondimento specifico e maggiore, da dedicare in altra occasione più appropriata e consona.

In una situazione disastrosa e critica, qual è il compito del giurista? Troppo spesso si è stati abituati all'immagine di un giurista chiuso in una torre d'avorio, circondato dai suoi ferri del mestiere (libri, codici, sentenze), che, solo distrattamente, poggiava lo sguardo su ciò che accadeva al di fuori del suo tempio sicuro e protetto, sulla realtà. Quella realtà che le leggi dovrebbero regolare, cercando di condurre, in maniera non troppo diretta, ma neanche impalpabile, verso una società migliore.

Decenni fa, un noto maestro⁵³, forse il maggior giurista italiano di sempre, nella sua fase "mistica", nel bel mezzo del positivismo imperante, soleva dire che non esisteva teoria generale del diritto senza una teoria generale della realtà'.

Il successore di Carnelutti alla cattedra di diritto processuale nell'ateneo patavino, sebbene figura simmetricamente opposta a quella di quest'ultimo, dedicava le pagine introduttive della sua raccolta di scritti, proprio al ruolo del giurista nella società, e alla sua ontologica differenza di approccio rispetto agli scienziati di altre discipline. Diceva Salvatore Satta che *"Lo studioso del diritto, al contrario degli studiosi di altre scienze"* deve vivere *"intensissimamente la vita che si srotola e rotola sotto i suoi occhi"*, osservando i fenomeni sociali che agitano il mondo, *"siano essi politici, artistici, religiosi."*⁵⁴

Le citazioni appena proposte servono da viatico a quanto si proverà a trattare nelle pagine seguenti. In un periodo di crisi, valoriale come legislativa, chi volesse occuparsi del diritto non potrà che procedere dalle fondamenta di queste, anzi (per richiamare nuovamente Carnelutti) dalle sue fondazioni. E per lo studioso di diritto civile categorie fondative della disciplina sono indubbiamente il fatto, l'atto ed il negozio giuridico.

Non esiste infatti civilista che, nei suoi scritti, su gli argomenti più variegati e differenti, non abbia avuto a che fare con le tre figure su richiamate.

Nei paragrafi seguenti, si tenterà dunque di fornire una ricognizione sulle tre tematiche, provando, nei limiti delle capacità e delle conoscenze di chi scrive, ad offrire una panoramica

⁵³ Ci si sta riferendo a Francesco Carnelutti. L'affermazione riportata nel testo è tratta da D.COCCOPALMERIO, *Francesco Carnelutti e il realismo giuridico italiano*, ESI, 1989. Nel testo richiamato, Carnelutti, in aperta polemica contro il formalismo kelseniano, aggiungeva che *"non esiste il giurista puro. E se esiste è un aborto di giurista"*.

⁵⁴ La citazione è tratta dall'introduzione al volume *"Soliloqui e colloqui di un giurista"*, edito da Cedam nel 1968.

ricostruttiva su di esse, e tentando inoltre di accennare a delle “materie” nuove che all’interno delle categorie principali sono sorte.

E dunque si dovrà accennare, dopo aver trattato della natura dell’atto di adempimento, a quella figura che la dottrina sin dagli anni ‘50 chiama “pagamento traslativo”⁵⁵, quale modalità atipica di estinzione dell’obbligazione. Si parlerà di una situazione a metà strada fra negozio unilaterale e contratto, ovvero la remissione del credito; nella categoria degli atti, come su già annunciato, si imporrà un’analisi della figura dell’atto di adempimento del debitore, nell’intento di chiarire se si tratti di un negozio, di un atto ovvero di un fatto giuridico. Nella prospettiva delle fonti dell’obbligazione, inoltre, si tratterà del contatto sociale qualificato, dei rapporti contrattuali di fatto e infine della figura, oltremodo controversa, dei c.d. scambi senza accordo.

2. Fatto, atto e negozio: profili generali. La responsabilità dei genitori quale ipotesi di fatto illecito

Il primo piano da cui la trattazione intende (e deve) muoversi attiene alla descrizione delle figure del fatto dell’atto e infine del negozio giuridico visti da un’angolazione generale. In primis, e’ corretto affermare che tra le tre figure vi sia un rapporto da *genus a species*; e’ di fatti fuor di dubbio che nella figura omnicomprensiva dei fatti giuridici vi rientrino anche gli atti, e che tra quest’ultimi la figura principale sia rappresentata dal negozio giuridico. Le tre figure individuano più che fattispecie codicistiche⁵⁶ delle importanti categorie dogmatiche, influenti sulle vicende del rapporto giuridico, essendo rilevanti sotto l’aspetto propulsivo (ovvero la costituzione, modificazione ed estinzione del rapporto medesimo). Da tale prima e breve disamina, possiamo addivenire ad una prima definizione delle figure: il fatto, l’atto ed infine il negozio configurano degli aspetti eziologici della dinamica giuridica.

⁵⁵ Il tema viene trattato, tra gli altri, da L.Mengoni in “*Il trasferimento dei titoli di credito nella teoria dei negozi traslativi con “causa esterna”*”, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1975, ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e Negozio*, pag. 487 ss., Giuffrè, 2011.

⁵⁶ Ciò non vuol dire che nelle varie disposizioni normative non vi sia traccia delle due figure, ma semplicemente che non esistono disposizioni che descrivono, che danno una nozione di fatto, atto e negozio.

Muovendo dalla definizione di fatto⁵⁷, la prima distinzione da svolgere è quella tra fatti umani e fatti naturali. Essendo quella dei fatti una categoria aperta (rientrandovi ad esempio sia il possesso come situazione di fatto, che il mero decorrere del tempo, come per la prescrizione e la decadenza) la dottrina definisce come naturali quei fatti che vengono in essere senza alcun contributo della volontà umana. I fatti umani invece sono quegli accadimenti provocati dalla volontà umana, sia essa o meno consapevole. Sul punto, ovvero sul ruolo che deve o non deve svolgere la volontà nel momento generativo del fatto giuridico, la dottrina si è divisa. Secondo un primo orientamento la volontà va circoscritta a quelle condotte umane produttive di effetti giuridici in assoluto difetto del requisito della volontarietà del comportamento (così ad esempio F.Santoro Passerelli)⁵⁸. Secondo un diverso orientamento⁵⁹ invece, l'elemento caratterizzante proprio del fatto umano sarebbe rappresentato non tanto dall'assoluto difetto di volontarietà, quanto dalla totale irrilevanza giuridica di questa, nel senso che il fatto, seppur cosciente, consapevole e volontario, non rilevarebbe altrimenti (se non come mero fatto appunto) per l'ordinamento.

Data la prima definizione, è il caso ora di ritornare a disquisire del nucleo contenutistico del concetto di fatto. Esso dunque, se si accede alla prima impostazione su descritta, è un accadimento, una circostanza al verificarsi della quale la legge ricollega determinate conseguenze (effetti) giuridiche. Tra questi accadimenti vi rientrano sia condotte umane (possesso) che avvenimenti naturali (prescrizione). Cioè non esclude che un fatto possa

⁵⁷ Non pare opportuno, dato il taglio ricognitivo della trattazione, dedicarsi anche alla tematica del tipo di fatti, sotto la prospettiva della costituzione, modificazione o estinzione di rapporti, o meglio di situazioni giuridiche *tout court*, per la semplice ragione che più di fatti, si dovrebbe disquisire di effetti, e dunque spostarsi dal momento definitorio "statico" della descrizione delle categorie, a quello "dinamico", involgente più che altro le vicende giuridiche che dai fatti *lato sensu* intesi, deriverebbero. Ciò in quanto, se si scegliesse di muovere la disamina delle figure su tale percorso, la distinzione generale che si sta compiendo perderebbe in parte di senso: infatti, quando ci si sposta nell'ambito delle vicende giuridiche, andando ad analizzare i temi dell'estinzione, della modificazione e della costituzione di situazioni, la distinzione verrebbe a scemare (si pensi ad esempio al concetto di vicenda costitutiva: essa potrebbe ben derivare da un mero fatto (nell'ipotesi dell' *insula in flumine nata*); da un mero atto (per esempio l'occupazione di una *res nullius*); o da un negozio (si pensi un contratto di compravendita, produttivo di un effetto acquisitivo, con semplice mutamento del titolo rispetto alle ipotesi precedenti).

⁵⁸ In *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 2002 (rist). Tali fatti sarebbero produttivi di effetti per la mera riconduzione dell'accadimento ad una previsione legale. Secondo Falzea nella categoria dei fatti vi rientrerebbero anche l'accettazione presunta di eredità e la rinnovazione tacita del contratto di conto corrente (cfr. *Fatti giuridici*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Giuffrè., 1985) Tale ricostruzione del Falzea, oltre che in Pugliatti, si ritrova anche nelle pagine di Betti, secondo il quale il fatto giuridico in senso stretto sarebbe individuato in quegli eventi (naturali) che il diritto considera rilevanti come tali, prescindendo da un'eventuale volontà concorrente. E' da dire che un fatto in senso stretto rimarrebbe tale in ogni caso, sia esso causato dall'uomo che dalla natura; l'unico elemento diversificante andrebbe ricercato nella causa dell'atto (si pensi ad esempio al fatto morte, il quale potrebbe ben essere causato da un fulmine, che è fatto naturale, che da un fatto umano, per esempio un omicidio). Secondo F.Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Esi, pag. 200, la reale ragione per cui un accadimento materiale viene preso in considerazione dall'ordinamento, starebbe nel fatto che il prodursi nella realtà di un evento materiale comporti contemporaneamente il verificarsi di un mutamento sul piano giuridico.

⁵⁹ Si tratta dalla posizione espressa da Barbero, Allara e, da ultimo, Galgano.

essere anche complesso, o meglio misto, poiché' comprensivo di alcuni elementi "umani" e altri naturali (si pensi ad esempio alla figura dell'usucapione.)

Quando si ha a che fare con i fatti giuridici dunque, bisogna valutare i due diversi elementi/momenti: il primo e' il verificarsi nel fatto nella realtà materiale, sia esso dovuto a condotta umana o ad avvenimento naturale, successivamente dovrà prestarsi attenzione alla qualificazione normativa che di quel fatto l'ordinamento compie. Il procedimento da seguire parrebbe questo (secondo uno schema sillogistico): vi e' un fatto che si realizza nella realtà; tale fatto viene preso in considerazione da una norma che valuta tale accadimento come produttivo di effetti; tali effetti ricevano una valutazione di rilevanza *ex post*. Ai fini della produzione di tali effetti, si dovrà essere innanzi ad un fatto cd puro (seppur prodotto dall'uomo). Ciò in ragione dell'assoluta irrilevanza (ai fini della produzione di effetti) di qualsivoglia intento, inteso come volontarietà della produzione degli effetti stessi, sia di ogni volontarietà, come coscienza e volontà della condotta materiale, in capo al soggetto agente. Ciò in quanto e' la legge che prende in considerazione il fatto umano, riconducendo ad esso la produzione di particolari conseguenze giuridiche, indipendentemente dall'indagine sulla volontarietà della condotta o degli effetti derivanti da essa.⁶⁰

Una dottrina autorevole⁶¹ ha poi indagato l'elemento della volontarietà della condotta e della coscienza degli effetti in capo al soggetto che pone in essere il fatto. Secondo tale opinione il fatto potrebbe essere assistito sia da volontarietà che da coscienza, corrispondendo all'intento dell'autore, ma rimarrebbe comunque un mero fatto se tali elementi psicologici non venissero presi in considerazioni dal diritto, nel caso in cui quest'ultimo ricolleggerebbe gli effetti prodotti al solo verificarsi del mero evento materiale.

Un ultimo aspetto da analizzare riguarda il fatto illecito. L'accadimento materiale produttivo di una modificazione della realtà naturale (sia esso commissivo od omissivo) può infatti non solo essere produttivo di effetti positivi (si pensi all'usucapione, il quale comporta l'acquisto

⁶⁰ Ciò ovviamente non esclude che un determinato fatto possa essere soggetto ad una pluralità di qualificazioni giuridiche; il contratto ad esempio, e' un atto giuridico negoziale produttivo di effetti rispetto alle parti, ma può (nella maggiorparte dei casi) rilevare come mero fatto rispetto ai terzi.

⁶¹ Bigliuzzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, In *Diritto Civile*, I, UTET, 1989, . Secondo F.Santoro Passerelli, *Le dottrine gen cit...* pag 109, i fatti sarebbero solitamente naturali (per esempio la nascita, la morte) al cui però l'ordinamento giuridico fa discendere la produzione di effetti giuridici, confinando i fatti umani nella categoria dell'atto giuridico. Tale Autore aggiunge poi che il discrimine tra mero fatto umano e atto giuridico risiederebbe proprio nel rilievo che la legge dà all'elemento della volontarietà (della condotta). Tale impostazione si ritrova anche in S.Pugliatti, *I fatti giuridici cit...*, pag 4.

della proprietà a titolo originario) ma anche negativi. Nel nostro ordinamento però viene in rilievo una norma che sembrerebbe porsi in contrasto con la ricostruzione dogmatica della categoria dei fatti giuridici. Se è vero che il fatto è un avvenimento materiale cui l'ordinamento dà rilevanza giuridica e lo rende produttivo di effetti a prescindere da qualsiasi elemento psicologico relativo all'autore, la disciplina dei fatti illeciti, come disciplinata negli artt 2043 e ss del codice civile, sembra mostrarsi come eccezionale rispetto ai caratteri peculiari della categoria. L'articolo 2043 c.c. infatti ci dice che qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha provocato il danno al risarcimento. I primi commentatori della disposizione infatti parlarono al riguardo di svista del legislatore, perché più che di fatti, che di per sé non sono né leciti né illeciti, si dovrebbe parlare di atti. A conferma di ciò basterebbe guardare alla lettera della legge la quale, al momento della condotta (il cagionare il danno) aggiunge l'elemento psicologico del dolo e della colpa. Di conseguenza sembrerebbe che il fatto illecito, rilevando un elemento psicologico non sia altro che un atto. Il libro IV delle obbligazioni del codice civile del 1942, dedicato ai fatti illeciti, si occupa in apertura della disposizione di cui all'art 2043 c.c. Tale articolo stabilisce che *“qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che l'ha commesso a risarcire il danno”*. Dall'esame di tale disposizione si possono ricavare gli elementi che compongono la struttura della fattispecie di responsabilità extra-contrattuale. *In primis* il fatto, intendendosi con tale termine una condotta, commissiva od omissiva. Tale fatto deve poi essere causativo di un evento, ovvero il danno ingiusto. La qualificazione di ingiustizia che la legge dà al danno, compiendo un passo in avanti rispetto alla previsione dell'art 1151 cod.civ. 1865, che era la traduzione quasi letterale dell'art 1382 del codice civile francese, provocò accesi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza sin dall'entrata in vigore del codice. Secondo una prima impostazione l'ingiustizia andava riferita al fatto, ovvero all'atto umano causativo dell'evento, in quanto appariva inverosimile la possibilità che esistesse un danno “giusto”. Ma l'ingiustizia, correttamente intesa, va riferita al danno, non al fatto, spostando così l'ottica risarcitoria da una prospettiva sanzionatoria, relativa al danneggiante, ad una prospettiva riparatoria, relativa al danneggiato. L'impostazione meno recente, inoltre, vedeva la responsabilità civile quasi come una ancella di quella penale, e che presentava ancora degli elementi comuni più alla morale che al diritto (nessuna responsabilità senza colpa) si trovò impreparata dinanzi alle

ipotesi di responsabilità cd speciali, rinvenibili nelle disposizioni normative successive all'art 2043 c.c., che sembravano prescindere dall'elemento della colpa. La dottrina meno recente interpretò tali disposizione sempre alla luce del dogma della colpa, parlando roa di culpa in vigilando, altre di culpa in educando. Si pensi in tal proposito alla responsabilità dei genitori come descritta dall'art 2048 c.c. .

Secondo tale disposizione "*padre e madre...rispondono del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori emancipati...che abitino con essi*" (1co); essi sono liberati dalla responsabilità soltanto se "*provano di non aver potuto impedire il fatto*" (3co). Dall'analisi della disposizione emergono i tre presupposti della responsabilità : i) la capacità di intendere e di volere del figlio minore (operando diversamente l'art 2047 c.c. sulla responsabilità del sorvegliante per fatto dell'incapace, che proprio perche' incapace non e' imputabile) non emancipato; ii) l'elemento della coabitazione; iii) l'operatività della responsabilità nei confronti di ambedue i genitori salvo questi non provino l'impossibilità di poter impedire il fatto.

Dovendo rintracciare il fondamento della responsabilità e' il caso di esaminare le diverse tesi che hanno provato a spiegarlo. Secondo una tesi⁶², invero minoritaria, la responsabilità genitoriale sarebbe a cavallo fra la responsabilità per colpa e la responsabilità oggettiva, variandone il fondamento a seconda della natura dell'onus probandi: se il genitore deve provare l'assenza di colpa, la responsabilità sarebbe colposa, qualora invece dovesse provare il mero impedimento di fatto sarebbe oggettiva. Tale tesi non appare condivisibile in quando il titolo della responsabilità sarebbe condizionato dal tipo di prova che in concreto offerta dal genitore.

Secondo una diversa impostazione la responsabilità sarebbe oggettiva⁶³: il genitore risponderebbe solo per via del suo *status*, ovvero da quella posizione qualificata, che lo collega al fatto compiuto dal minore. Tale tesi e' stata pero' criticata dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, che hanno configurato la responsabilità dei genitori come

M.Comporti, *I FATTI ILLECITI*, Le responsabilità oggettive. Artt. 2049-2053, Giuffrè, 2009

⁶³ R.Scognamiglio, *La responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri*, ora in *Scritti Giuridici*, Cedam, 1996

responsabilità da colpa presunta⁶⁴, sia essa *in vigilando* (mancato esercizio del dovere di vigilanza) o *in educando* (scarsa educazione impartita al figlio minore). Corollario di tale tesi e' il seguente: il genitore andrebbe esente da responsabilità solo nell'ipotesi in cui riesca a provare l'assenza di colpa (*in educando* o *in vigilando*), trasformando la prova gravante su di esso da negativa (come prevede la legge al terzo comma su citato) in positiva (dover fornire di aver sorvegliato il figlio minore e di avergli impartito un'educazione idonea secondo i valori sociali).

Tale tesi ricostruisce la responsabilità del genitore in base ad una duplice nesso causale: la *culpa in vigilando* o *in educando* di questo (primo nesso fra condotta, omissiva, ed evento, colorato dall'elemento della colpa) porrebbe in essere il fatto da cui successivamente scaturirebbe l'evento dannoso perpetrato dal minore (secondo nesso causale). Tale impostazione però non appare corretta per una molteplicità di motivi: a) una responsabilità siffatta andrebbe oltre quanto emerge dal dato normativo. La disposizione di cui all'art 2048 c.c. non fa alcun cenno della colpa, ma stabilisce solo che i genitori rispondano del fatto del minore, salvo non provino di non aver potuto impedire il fatto. Le norme solitamente valutano dei comportamenti visibili, e l'elemento psichico rileva solo ove esplicitamente menzionato⁶⁵; ragionare diversamente sarebbe il frutto di un'interpretazione *praeter legem*, che l'ordinamento non permette. Il secondo motivo inerisce la funzione del nesso causale, la quale varia a seconda che si tratti di responsabilità soggettiva (per dolo o colpa) o di responsabilità oggettiva (come par essere nell'ipotesi in esame). Nella responsabilità per colpa, quest'ultima si pone aggrega al fatto causativo dell'evento in un nesso di causalità già individuato, e lo qualifica in funzione della responsabilità. Nella responsabilità oggettiva invece non vi e' un elemento psicologico che accede ad un nesso causale già individuato, ma e' stabilendo il titolo dell'imputazione che si potrà individuare il segmento causale utile ai fini della responsabilità e ad individuare la sfera soggettiva in cui far ricadere il costo del danno⁶⁶. Inoltre in ipotesi di responsabilità oggettiva la norma non prevede tra le sue condizioni applicative la condotta del soggetto fatto responsabile (come per esempio nel 2047 c.c.), in quanto il giudizio di responsabilità altro non sarebbe se non un esito sanzionatorio di

⁶⁴ Per tutti C.M.Bianca, *Diritto civile V. La responsabilità*, Giuffrè, 2012.

⁶⁵ Così F.Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Laterza, 1981;

⁶⁶ Tale ricostruzione e' offerta da C.Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, III ed, Giuffrè, 2006, pag 548 ss. richiamando G.Calabresi, *The cost of accidents*, Yale university, 1974.

un evento dannoso non imputabile a colui che ne risponde, quanto ad una situazione oggettivata a cui quest'ultimo ne e' estraneo (come nell'ipotesi ex art 2048 c.c. co 1).

A sostegno della tesi della responsabilità per colpa viene richiamato inoltre il presupposto della coabitazione. In base a tale presupposto infatti i genitori potrebbero ottemperare ai doveri di cui la legge li carica; difatti, venendo meno tale presupposto, verrebbe meno anche la loro imputabilità per fatto illecito del figlio. E a tale conclusione giunge la giurisprudenza nelle ipotesi di separazione di fatto ad esempio. Il presupposto della coabitazione però piu' che essere letto in chiave di luogo ove i genitori impartiscano ai figli l'educazione e dove possano meglio esplicitare le funzioni di sorveglianza, andrebbe piu' correttamente inteso quale mero presupposto di fatto, o meglio occasione, che il legislatore ha voluto predisporre al fine di giustificare l'estensione della responsabilità per il fatto del figlio anche al genitore il quale, qualora non si accolga la tesi della colpa, sarebbe visto come responsabile senza titolo, e la responsabilità, salvo mantenere il nudo nome, non sarebbe piu' responsabilità, avvicinandosi all'assicurazione.

Ulteriore critica si puo' muovere alla tesi della responsabilità per colpa presunta con riguardo all'onere della prova. Secondo i sostenitori di tale concezione il genitore andrebbe esente da responsabilità provando la diligenza nel sorvegliare e nell'educare, fornendo cioè una prova positiva. Anche in tal caso però l'interpretazione travalica i confini della norma, la quale prevede esclusivamente la prova di non aver potuto impedire il fatto, ovvero una prova negativa. Infatti, il tentativo del genitore di provare di aver ben vigilato nonche' di aver educato, soprattutto per quell'indirizzo che ritiene la *culpa in educando* titolo di imputazione autonomo, sfocierebbe in una sorta di *probatio diabolica*, facendo cadere il velo della responsabilità per colpa e lasciando il campo ad una responsabilità oggettiva implicante un ulteriore aggravamento per la posizione dei genitori.

Sembra più corretto invece, rimanendo fedeli alla lettera della legge, propendere per liberazione conseguente ad una prova negativa, non volendo con ciò intendere che il limite della responsabilità siano la forza maggiore o il fortuito, in quanto in tal caso anche l'illecito del minore verrebbe meno per interruzione del nesso causale, e quindi verrebbe meno la responsabilità. Quanto limitare la prova al fatto imprevedibile o atipico compiuto dal minore, tale da non poter essere previsto e da non consentire l'intervento volto a ridurne gli effetti o

ad evitarlo, da parte del genitore, in ossequio al principio della causalità adeguata su enunciato.

Inoltre per una sorta di eterogenesi dei fini, la volontà insita nella dottrina maggioritaria di laicizzare la responsabilità dall'egida della potestà genitoriale finisce in realtà per rafforzarla, in quanto al fatto illecito del minore si ricollega a titolo personale la colpa dei genitori, rinverdendo il dogma della colpa, e riavvicinando la responsabilità civile alla responsabilità morale. E inoltre da dirsi che parlare di colpa, che è una modalità soggettiva della condotta, per fatto altrui appare un controsenso. In caso di responsabilità per colpa, il genitore infatti risponderà ex 2043 c.c., e non secondo quanto previsto dal 2048 c.c.. Seguendo tale impostazione inoltre diviene oggetto di critica anche la solidarietà della responsabilità fra genitori e minore. Secondo la tesi prevalente infatti, trattandosi di un duplice responsabilità per colpa, genitore e minore rispondono al medesimo titolo, e il danneggiato potrebbe ben chiedere il risarcimento ad entrambi o ad uno solo di essi. Questi, pagando per l'intero, potrebbe poi rivalersi pro-quota sul minore. Seguendo la tesi della responsabilità da status invece genitore e minore risponderebbero a titolo diverso, ma connesso. Di conseguenza il genitore, rispondendo solo per via della relazione e non per un fatto proprio, pagando l'intero risarcimento, avrebbe diritto a rivalersi per l'intero sul minore. E il fatto che ciò di rado accada attiene più al campo del costume e delle regole sociali interne alla famiglia che al mondo del diritto. Il concorso per lo stesso titolo potrebbe ben si' operare, ma in tal caso il danneggiato dovrebbe provare la colpa del genitore, il quale a sua volta risponderebbe ex 2043 c.c., e non in forza del disposto di cui al 2048 primo comma.

In conclusione il fondamento della responsabilità dei genitori è rintracciabile nel loro *status* e non nella colpa, ma ciò non si pone in contrasto con la disposizione del 2043, che vuole il soggetto responsabile per un fatto doloso o colposo, ma semplicemente reinterpreta il concetto di elemento soggettivo, alla luce del nuovo modo di intendere l'ingiustizia, quale qualificazione non più attinente al fatto, ma al danno⁶⁷. Da ciò si può dedurre che interpretando la responsabilità civile in un'ottica riparatoria e non più sanzionatoria, il 2048 c.c. altro non è se non uno strumento che l'ordinamento pone a tutela del danneggiato il quale, avendo subito un danno da parte di un minore, se non vi fosse una norma che accolti al

⁶⁷ Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2011

genitore per il solo fatto di essere tale il risarcimento, potrebbe non ricevere alcuna riparazione per il pregiudizio subito, essendo il minore sprovvisto di un patrimonio proprio.

Finito l'exkursus sulla categoria dei fatti, anche illeciti, e portata ad esempio la responsabilità dei genitori come enclave della responsabilità oggettiva nei territori un tempo dominati dalla colpa, e' il caso di spostare il piano della analisi, che qui modestamente si propone, dalla tematica del fatto a quella dell'atto giuridico.

L'atto giuridico in senso stretto si potrebbe definire come quella condotta, concretantesi in una dichiarazione o in un'operazione, produttiva di effetti giuridicamente rilevanti, quando realizzata con coscienza e volontà. Gli elementi costitutivi dell'atto giuridico sarebbero dunque due: la materialità della condotta e la *suitas* (ovvero sia la coscienza e volontarietà dell'atto). L'elemento della volontarietà dell'atto però, come la migliore dottrina ci insegna, non va confusa con l'intento, inteso come volontà di produzione di effetti, in quanto nel mero atto, l'effetto giuridico si produce in forza della legge.⁶⁸ La dottrina, enucleati gli elementi costitutivi, tracciati i confini con la categoria del fatto (per via della rilevanza della volontarietà anche se solo rispetto alla condotta) e del negozio⁶⁹ (in quanto nell'atto l'effetto discende direttamente dalla legge), si impegna ad evidenziare i caratteri propri dell'atto giuridico, individuandone tre: l'essere consentiti dall'ordinamento; essere il risultato di una condotta cosciente e volontaria; riconducibilità degli effetti alla legge. Procedendo ad una classificazione degli atti leciti, possiamo distinguere quattro tipologie: le operazioni, in cui rientrano atti materiali⁷⁰ e comportamenti, quali attività concrete comportanti una modificazione della realtà esteriore; le dichiarazioni e le partecipazioni, quali atti linguistici volti a manifestare ad altri soggetti il pensiero o l'opinione dell'agente ovvero la sua volontà

⁶⁸ In questo senso F.Santoro Passerelli, *Le dottrine generali cit...*; A.Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004; S.Pugliatti-A.Falzea, *I Fatti giuridici*, Giuffrè, 1996; A.Candian, *Saggi*, III, Giuffrè, 1949.

⁶⁹ Scrive F.Gazzoni, *Manuale cit...*, che negli atti giuridici in senso stretto così come nel negozio, la volontà rileva, anche se in modi diversi. Infatti nell'atto lecito, l'ordinamento limita la rilevanza di consapevolezza e volontà al mero comportamento tenuto, e non rispetto agli effetti, che si producono in forza della legge (perciò gli atti giuridici sarebbero tipici), mentre nei negozi, volontarietà e consapevolezza rilevano anche rispetto agli effetti, che vengono presi in considerazione dall'ordinamento perché voluti dal soggetto. In tal senso già Pugliatti, *op.ult. cit.* pag.4-5, che distingue gli atti volontari (ovvero gli atti giuridici in senso stretto) dagli atti di volontà (ovvero il negozio), ciò in quanto solo in questi ultimi acquisterebbe rilevanza giuridica il programma che l'agente mira a realizzare col compimento dell'atto, e che il diritto traduce in una determinata serie effettuale.

⁷⁰ Si tratta di atti caratterizzati dal fatto che la disciplina giuridica viene dettata in relazione ad un evento esteriore: per esempio la specificazione, l'acquisto del possesso, l'*inventio thesauri*.

(autorevole dottrina in proposito discorre di “atti a evento psichico”⁷¹); l’atto di volontà⁷², dove non rileva la volontà manifestata, ma la volontarietà della manifestazione; ed infine gli atti dovuti⁷³, ovvero quei determinati atti che un soggetto e’ obbligato a compiere al fine di

⁷¹ F.Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Padova, 1951, ora rist. Esi. Nella categoria vi rientrerebbero atti di dichiarazione con ad oggetto fatti o intenzioni, quali le notificazioni, offerte, opposizioni, intimazioni denunce, avvisi o diffide. Tale ricostruzione e’ dovuta all’opera del Manigk. Tale tipologia di atti non sarebbe assimilabile a quella dei negozi in quanto la volontà rilevarebbe solo internamente nel soggetto che comunica o dichiara, senza incidere in alcun modo sugli effetti giuridici che da quella dichiarazione o comunicazione andrebbero a prodursi. Quanto appena riportato si applica nei medesimi termini anche alle c.d. partecipazioni di volontà. Sul punto Pugliatti, *I fatti giuridici cit...*, pag 8.ss. A tal proposito e’ il caso di discorrere della figura del *negozio di accertamento*, per delineare la portata differenziata rispetto alla dichiarazione. In tale tipologia di negozi l’intento delle parti non appare volto a costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica, quanto a confermare una situazione giuridica già esistente, eliminando dubbi della sua esistenza concreta. Il fine di una tale tipologia negoziale sarebbe quella quindi di rendere definitivamente certa inter partes una situazione preesistente. In ragion di ciò il negozio d’accertamento opererebbe retroattivamente. Tale figura appare però contestata in dottrina, dato che il negozio giuridico dovrebbe essere la manifestazione di un poter dispositivo, e non di accertamento (il quale compete al giudice). Perciò una tale categoria non sarebbe ammissibile in quanto comporterebbe una commistione fra potere di autonomia privata e potere giurisdizionale. Ciò non toglie che vi possano essere figure volte a dichiarare fatti, con funzione confermativo-accertativa (si fa l’esempio del riconoscimento del figlio naturale), ma si tratterà di atti non negoziali, operanti come presupposti di fatto perché si produca un effetto legale. Sul punto si veda A.Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, pag 96 nt.1; F.Santoro Passerelli, *Le dottrine generali cit...*, pag 177. La giurisprudenza che ammette la figura (Cass 7274/1983; Cass. 4994/1997) distingue fra accertamento di un diritto di credito (il quale richiede l’espressa menzione del titolo da cui il credito deriva) e il negozio che accerti diritti reali, costruito *analogamente* alla ricognizione di debito.

⁷² In questa categoria la dottrina vi fa rientrare altre tipologie di atti, quali il perdono (un esempio sarebbe dato dalla riabilitazione dell’indegno a succedere) nonché il permesso, che si avrebbe quando si autorizza per un certo tempo un’attività altrui nel campo della propria sfera. L’atto di permesso si distinguerebbe poi dal consenso che, qualificato come elemento dinamico del mondo giuridico, non e’ richiesto soltanto per la rimozione di un ostacolo, ma anche per incidere positivamente sulla propria sfera giuridica. A tal proposito in dottrina si e’ discusso di atto tollerato (così A.Candian, in *Saggi*, III, Giuffrè, 1949, pagg 229 ss)

⁷³ Viene così denominato l’atto che viene compiuto in adempimento di un obbligo preesistente, che non crea nuove dirette conseguenze giuridiche che derivino dalla volontà del soggetto: si pensi per esempio all’adempimento dell’obbligazione, o alla *denuntiatio* che il proprietario di un immobile dato in locazione ad uso non abitativo deve fare al conduttore qualora voglia venderlo ad un terzo.(così A.Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2004, pag. 81). Ciò non vuol significare che la doverosità dell’atto ne escluda il carattere di negozialità; e negli stessi termini non e’ escluso che un atto negoziale possa essere utilizzato ai fine di causare un illecito a terzi. Per tale ricostruzione si rinvia a F.Carnelutti, *Negozio giuridico, atto illecito, atto dovuto*, in *Riv.dir.comm.*, 1923. In dottrina si parla anche di atto necessario (o necessitato), intendendosi con tale definizione l’atto che un soggetto deve necessariamente compiere per addivenire ad uno scopo. Esempi tipici si rinvencono nelle ipotesi in cui un soggetto si assida in una posizione di onere (per esempio il compratore di un immobile ha l’onere di trascrivere l’acquisto; chi agisce in giudizio ha l’onere di provare i fatti a fondamento della propria pretesa). La differenza tra l’atto dovuto e l’atto necessitato risiede nel fatto che mentre il primo, se non eseguito, comporta la violazione di un obbligo, e perciò un atto *lato sensu*, poiché lesivo di una posizione giuridica altrui, la violazione dell’onere – che non ha una situazione correlativa – non importa illecito. Ciò non toglie che la medesima situazione a seconda del soggetto cui e’ riferita può rivestire l’abito dell’obbligo o dell’onere: si pensi all’onere di trascrizione in capo all’acquirente di un immobile ai fini dell’opponibilità ai terzi, che però diviene obbligo rispetto al notaio. La figura dell’onere, così generalmente intesa, e’ stata però sottoposta a vivace critica in dottrina (ci si suole riferire a quanto scritto da F.Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, 1956, pp 257 ss), Secondo tale illustre Autore, discorrere di onere in termini di “comportamento tenuto dall’interessato al fine di conseguire un vantaggio per sé vantaggioso” sarebbe frutto di un’errata concezione dogmatica della figura. Infatti tale tipo di ragionamento sarebbe sì valido, se condotto nei termini dell’ofelimità (che e’ concetto puramente economico, come insegna V.Pareto), ma non sarebbe viceversa idoneo a spiegare la figura in termini giuridici (Cordero parla di “*sovrapposizione di piani speculativi*”; cfr. pag 259 *op.ul.cit.*). Secondo tale autore infatti, il giudizio extra-giuridico (in tal caso economico) può essere utile nella fase di interpretazione di determinati accadimenti giuridici, al fine di desumere – sul piano normativo – un significato plausibile; ma ultimato il lavoro ermeneutico, il giurista dovrebbe spogliarsi delle vesti di “*storico e sociologo*” e utilizzare solo i ferri del mestiere, tentando di ricondurre il significato interpretato all’interno del sistema, razionandolo secondo gli strumenti dogmatici (per riprendere un’espressione cara a Luigi Mengoni, giurista di concezione opposta a quella di Cordero, il nostro sistema e’ un sistema “*positivamente chiuso, ma conoscitivamente aperto*”). Ed e’ proprio su tale questione che sorge la più viva critica al concetto di onere quale “sacrificio di un interesse proprio, a vantaggio di un altro interesse proprio” (per riprendere la definizione di Carnelutti). Ciò perché, ragionando in tali termini: per ottenere l’effetto X, devi svolgere l’azione Y, la figura dell’onere sarebbe

conseguire lui o far conseguire ad altri un determinato risultato vantaggioso. Della categoria dell'atto dovuto ci si occuperà nel § seguente quando tratteremo della natura giuridica dell'adempimento.

In apertura di paragrafo dicevamo come fatto, atto e negozio non fossero fattispecie codicistiche, quanto categorie dogmatiche. Tale assunto deve spingere ad una ricerca della disciplina positiva in concreto applicabile a tali categorie. Quanto alla figura di cui ci sta occupando, la dottrina ha rinvenuto due disposizioni nell'art 1324 c.c., che stabilisce l'applicabilità diretta delle norme in tema di contratti anche agli atti unilaterali a contenuto patrimoniale, applicabile in via analogica, e all'art 2046⁷⁴ c.c., in tema di fatti illeciti, in tema di capacità di intendere e di volere. In proposito a tal ultimo profilo, la presenza del requisito della capacità di intendere e di volere sembra ineliminabile, fosse soltanto per motivi di ordine logico-concettuale. Se in precedenza si è tentato di stabilire una differenza fra il fatto e l'atto, rinvenendo il discrimine tra le due figure proprio nell'elemento della coscienza e nella volontarietà in relazione alla condotta, ne discende che la mancanza dei due presupposti nell'esecuzione dell'azione confinerebbe la figura dell'atto in quella del fatto. Cioè è tanto più vero se valutato alla luce della ricostruzione (invero appena abbozzata) che si è data del fatto c.d. illecito. Il nostro legislatore infatti ha scelto il termine fatti, e non atti, proprio per ricomprendervi quelle figure di illecito che siano riconducibili a criteri di imputazione diversi rispetto alla colpa (o al dolo), individuando come presupposto del giudizio di colpevolezza il requisito dell'imputabilità della vicenda da cui è originato il danno. Da ciò ne consegue che l'elemento della capacità di intendere e di volere appaia come requisito indefettibile al fine di considerare un soggetto come centro di imputazione di vicende giuridiche. E ciò non implica necessariamente una traduzione del giudizio di volontarietà e coscienza di un dato comportamento sul piano degli effetti. Un soggetto che trovi un bene, nell'apprenderlo, non

assorbente di tutti gli altri fenomeni del mondo giuridico (e quindi non solo nei casi di onere, ma anche di esercizio di un diritto, di soggezione ad un dovere o ad un obbligo: in tutti questi casi infatti, il soggetto, per ottenere una modificazione o una conservazione della propria sfera giuridica, dovrebbe comunque tenere (o non tenere) una determinata condotta, da cui discenderebbe un effetto; si veda in particolare pag 261 in F.Cordero, *Le situazioni cit...*). L'autore conclude la sua analisi critica in tal senso, ovvero che asserire che *“un dato effetto giuridico non può prodursi se non in conseguenza della realizzazione di un comportamento previsto da un certo schema”* comporta la riconduzione della figura dell'onere alla figura del potere, il cui esercizio sarebbe mirato a conseguire un vantaggio non ottenibile per altra via.

⁷⁴ Almeno secondo quanto asserito dalla dottrina prevalente (Santoro Passerelli; Gazzoni; Rescigno, seppur con qualche distinguo). Infatti secondo una dottrina minoritaria (Bigliuzzi Geri), ma altrettanto autorevole, essendo l'atto giuridico in senso stretto un mero presupposto di produzione di effetti giuridici, la capacità non rilevarebbe in alcun modo. A tale assunto, in chiave critica, Trabucchi, secondo il quale un atto che fosse privo di una soglia minima di coscienza e volontarietà andrebbe in contro ad una valutazione di inefficacia da parte dell'ordinamento.

dovrà per forza essere conscio dell'effetto successivo che a tale apprensione conseguirebbe (ovvero l'acquisto della proprietà), bastando, per il diritto, che egli sia cosciente e voglia in relazione alla sola azione dell'apprendere il bene. Infatti, volontaria e cosciente la condotta, sarà poi la legge a produrre il successivo effetto acquisitivo. Viceversa, invece si rimmarrà nei limiti del fatto giuridico puro, all'interno del quale nessun rilievo avrebbe la presenza di una volontà del soggetto agente al fine della produzione della vicenda.

Chiarita la questione della capacità, si impone una ricognizione sulla possibile disciplina applicabile alla categoria dell'atto giuridico (non negoziale). L'art 1324 c.c. su citato parla di applicabilità della disciplina dei contratti agli atti unilaterali ove ciò sia compatibile. Per dottrina unanime, confortata anche dalla relazione al codice, il legislatore quando dice "atto", vuole intendere negozio, e parlando di "compatibilità" con la disciplina del contratto, vuole dire unilaterale; la disposizione inoltre parla di patrimonialità *inter vivos*. Tale precisazione vuole segnare un limite ovviamente tra la disciplina del negozio unilaterale patrimoniale e quella del testamento da un lato, e dall'altro pare escludere la possibilità di dar vita a negozi unilaterali atipici. Di questo punto ci occuperemo nei §§ seguenti. Tornando alla disciplina dell'atto unilaterale non negoziale, possiamo prendere le mosse dal 1324 c.c., tenendo conto che non si potrà più parlare di applicabilità diretta della normativa sui contratti, quanto di applicazione analogica. Fermo tale assunto, bisogna ora individuare quali norme sul contratto possono essere applicate agli atti non negoziali. La mente va subito alla disciplina dei vizi del consenso. In realtà, come si può desumere da quanto su enunciato, la categoria dell'atto giuridico unilaterale (che per via della sua natura viene vista come necessariamente tipica) e' una categoria eterogenea, al cui interno sono ricomprese diverse tipologie di atti. Per alcuni di essi e' la legge medesima a dirci che si possono impugnare in caso di vizi del consenso (ci si riferisce alla confessione e al riconoscimento del figlio naturale). Però esclusi i casi in cui e' il legislatore a fornire le direttive di interpretazioni, i problemi non sono risolti, né possono essere taciuti. Sebbene l'atto unilaterale non negoziale non sia stato, se non in rari casi, oggetto di analisi approfondita in dottrina ⁷⁵, si può provare a ricostruire la disciplina applicabile in forza di quanto su detto a proposito della natura di tali atti, e procedendo per distinzione rispetto ai meri fatti ed ai negozi. Di conseguenza sarà di certo applicabile la

⁷⁵ Così parla C.Donisi, *Atti unilaterali* (dir.civile), Enc.Giur., pag 1. Tale doglianza viene manifestata anche da R.Sacco, *Fatto, atto e negozio* [La parte generale del diritto civile], in *Trattato Sacco*, 2005., p 126 ss;

disciplina inerente all'errore, se tale errore non vada a toccare ovviamente l'intento di chi compie l'atto in relazione agli effetti, quanto la semplice volontarietà e coscienza della materialità di questo; per i medesimi motivi (ma con la precisazione appena offerta) non si vedono ostacoli all'applicazione della disciplina sui vizi della volontà. L'unilateralità degli atti viceversa, esclude sin dal principio la possibile applicabilità ad essi della disciplina della rescissione o della risoluzione, essendo queste sanzioni che l'ordinamento pone a tutela di un soggetto che operi esclusivamente all'interno di un rapporto.

Un ultimo aspetto della disciplina dell'atto giuridico inerisce l'applicabilità dell'istituto della rappresentanza. Sul punto, seguendo la dottrina maggioritaria, si deve pervenire ad una risposta positiva, in quanto sia per gli atti recettivi (notificazioni, comunicazioni) sia per gli atti materiali attivi (un'apprensione di una *res nullius* o di una *res derelicta*) e' ammissibile che un soggetto si avvalga dell'ausilio di un'altra persona incaricata a tal uopo.⁷⁶

L'ultima figura, ma non certo per importanza, da esaminare e' quella del negozio giuridico. Definiamo tale figura come atto umano, produttivo di effetti voluti da chi lo ha posto in essere, che ricevano un giudizio di meritevolezza da parte dell'ordinamento che ne appronta all'uopo una tutela. Si aggiunga che tale atto e' massima espressione dell'autonomia privata e va dunque qualificato come "autoregolamento di interessi". Trattandosi di atto autonomo privato, gli elementi che lo vanno a comporre sarebbero rintracciabili nella coscienza e volontà della condotta, con l'aggiunta dell'intento, dato che l'effetto che dall'atto si produce va ricollegato allo scopo che il soggetto che lo pone in essere si prefigge. Appare subito manifesta quindi la differenza con il mero fatto (nel quale la volontà intesa come intento anche dove presente e' giudicata irrilevante) sia con l'atto giuridico non negoziale, dove la volontà si riferisce al comportamento e non agli effetti, predeterminati dalla legge. In altri termini, mentre l'atto giuridico altro non sarebbe se non una figura che in presenza di una condotta cosciente e volontaria opererebbe come presupposto perche' la fonte legale produca degli effetti, il negozio giuridico sarebbe esso stesso atto volontario da cui deriverebbero degli effetti voluti dalla parti⁷⁷ (e non esclusi dalla legge). Giunti a tale punto, i piani del

⁷⁶ Così M.C.Diener, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2011, pag 594.

⁷⁷ Perciò la dottrina parla di negozio giuridico come "manifestazione di volontà, rivolta a uno scopo pratico che consiste nella costituzione, modificazione o costituzione di una situazione meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico"; così A.Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, 2004 pag 96. Come si esplicherà nel testo, tale concezione diremmo tradizionale dell'autonomia negoziale appare comune a diverse trattazioni manualistiche quali quella del Messineo, di

discorso si diramano: la prima diramazione riguarda quello dei “momenti” dell’atto negoziale (struttura ed effetti), la seconda il profilo del fondamento (ovvero il rapporto tra autonomia privata e legge) ed infine quello della tenuta dogmatica del negozio giuridico (teoria e funzione concettualmente ordinante di piu’ figure nell’ordinamento). Quanto al primo aspetto attenta dottrina ha operato una distinzione tra le due diverse fasi del negozio giuridico, ovvero quella strutturale e quella effettuale. Quanto alla prima fase si deve rilevare che l’atto di autonomia incontra subito la barriera della legge, che impone la presenza di determinati requisiti affinché tale atto possa prendere forma. Ci si riferisce al soggetto, alla volontà ed alla causa del negozio. Escluso il momento del “se” impegnarsi in una attività, la legge pone le condizioni che permeano strutturalmente tale impegno. Si potrebbe perciò dire che un soggetto che abbia deciso di impegnarsi in un’attività negoziale non possa validamente farlo se l’atto cui vuol dar vita sia privo del requisito che la legge impone. Miscelandosi i due momenti, sorge la struttura dell’atto negoziale, che potremmo vedere come un ibrido di autonomia (il “se”⁷⁸ attivarsi) ed eteronomia (il come impegnarsi, intendendo con tale formula il contenuto minimo che l’atto di autonomia deve possedere per potersi qualificare come negozio).

Non si pensi che tali elementi strutturali possano venire derogati nell’ipotesi in cui la parte (o le parti, trattandosi di contratto) decidano di voler dar vita a negozi c.d. atipici, ovvero non previsti da una disposizione di legge. Anche il negozio atipico dovrà contenere gli elementi minimi richiesti dalla legge, ovvero sia il soggetto, la volontà e la causa. L’unica differenza rispetto al negozio tipico starà nell’elemento della causa, che potrà essere anche diversa rispetto alle c.d. cause tipiche che il codice già regola rispetto a determinate fattispecie.

Rispettato il procedimento strutturale, dunque le parti darebbero vita ad una regola. Una regola che stando all’art 1372 c.c. ha forza di legge tra le parti. Si pone qui il problema del

F.Ferrara sr, di Branca e di Allara. In tutti questi autori l’elemento dell’autonomia andrebbe in sostanza a risolversi in un giudizio di valutazione in positivo che l’ordinamento giuridico andrebbe a compiere sull’atto del privato. I rilievi critici si riscontrano nelle pagine di Salv.Romano, *Agere* (autonomia privata), in *Scritti Minori*, II, Giuffrè, 1980, p 546.

⁷⁸ In realtà nei paragrafi finali vedremo come anche la libertà sul “se” impegnarsi non sia una libertà assoluta, esistendo ipotesi in cui il soggetto deve, perché così gli impone l’ordinamento, impegnarsi nel negozio, a prescindere dalla sua volontà. Ciò permetterà anche di spiegare perché non è più sostenibile, alla stregua del dettato normativo, la costruzione del negozio giuridico sotto la luce della teoria della volontà. Inoltre va detto che questo risveglio del dominio della legge su quello della volontà ha spinto alcuni autori verso una forte critica del concetto di autonomia privata, visto non più come valore in sé, perché ormai spogliato delle sue vesti, il quale si risolverebbe in nulla più che in un atto di impulso. Tale atteggiamento critico pervade l’intera opera di P.Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, ESI, 2009; Id. *Il diritto civile nella legalità costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Esi, 2006; ma vedi già *Profili Istituzionali del diritto civile*, Esi, 1986.

fondamento dell'autonomia negoziale. Con il termine fondamento non si vuole intendere l'ancoraggio positivo, in quanto, da quel punto di vista, il nostro codice civile di autonomia ne parla già nella rubrica dell'art 1322, né si vuole ricercare in Costituzione una norma generale che valga come appiglio al fine di giustificare tale autonomia⁷⁹, ma dell'effetto negoziale nella realtà materiale; in altri termini: dato il potere della parte che costruisce autonomamente la regola, in base a quale meccanismo tale regola è ritenuta valida ed efficace sul piano del diritto oggettivo⁸⁰?

In dottrina le ricostruzioni proposte sono state molteplici, e per l'importanza degli autori che le hanno formulate appare il caso di riportarle, per poi valutare quale di esse sia l'opzione preferibile. Secondo una prima e illustre dottrina⁸¹, il concetto di autonomia andrebbe a risolversi nella libertà del singolo sul "se" e sul "come" impegnarsi del singolo soggetto; si tratterebbe insomma di una sorta di potere (assoluto) di autodeterminazione nella scelta sul se obbligarsi o meno. In tale ricostruzione, il concetto di libertà e il concetto di volontà sono concetti inscindibili che si influenzano reciprocamente; il privato che decida di agire, manifestando la propria volontà pone in essere un'attività *lato sensu* giuridica, volta a produrre in via diretta effetti rilevanti per il diritto oggettivo, il cui unico ruolo sarebbe quello di limitarla dall'esterno, evitando che incorra in un giudizio negativo poiché esplicita in modalità illecita o in violazione di norme imperative. Tale autore risolve il problema del rapporto agire privato/ordinamento statale in favore del primo termine: il privato agendo produrrebbe direttamente effetti giuridici; l'ordinamento dovrebbe esclusivamente valutarne la non anti-giuridicità rispetto ad esso. È manifesta in tale indirizzo una notevole importanza

⁷⁹ In realtà sotto questo punto di vista la dottrina si è occupata della questione, ritrovando nell'articolo 2 della costituzione il fondamento dell'autonomia negoziale con riguardo ai negozi associativi. Molto più complessa riguarda i negozi di scambio che non sembrerebbero avere un fondamento positivo costituzionale, salvo non lo si volesse ricercare nella libertà di iniziativa economica di cui all'art 41. Tale articolo, più che giustificare il negozio dispositivo e di scambio *tout court*, sembrerebbe rivolgersi esclusivamente ai contratti c.d. di impresa. Sul punto P.Perlingieri, *Manuale cit...*; ma già L.Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Giuffrè 2011, pag 201 ss,

⁸⁰ Scrive in proposito F.Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2011, p.774 che "il problema è quello di verificare il rapporto che sussiste tra autonomia e ordinamento, cioè a dire tra volontà del privato e volontà della legge" nel senso di accertare "come, quando e quali condizioni i privati possono giuridicizzare una data operazione economica" in tal modo "producendosi effetti non solo da un punto di vista economico e sociale" ma anche "sul piano giuridico, con tutte le conseguenze che ne derivano in ordine alla tutela giudiziaria in caso di inadempienza ai patti raggiunti"

⁸¹ G.Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Cedam, 1961. Non dissimilmente L.Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1966 (s.d.), pag 51 ss. scrive che il negozio giuridico "in quanto costituisce uno dei mezzi per l'autoregolamento dei propri interessi, in quanto è mezzo di attuazione del dominio della volontà sulla sfera giuridica propria del soggetto" è il precipuo strumento dell'autonomia privata.

rivolta all'elemento della volontà del singolo, costruita come un potere assoluto esplicantesi nel libero agire, il cui solo limite sarebbe dato dal rispetto delle norme imperative.⁸²

Un'altra dottrina ricostruisce l'autonomia privata all'interno della concezione della pluralità degli ordinamenti giuridici.⁸³ Secondo i sostenitori di tali impostazione il momento dell'autonomia privata andrebbe scisso in due sottonuclei: il primo, pregiuridico, dove il potere del privato è di per sé idoneo a costituire una situazione rilevante, senza alcun contatto con l'ordinamento statale; il secondo, propriamente giuridico, dove l'ordinamento interviene con la sanzione. È il caso di ricordare come il teorico di tale concezione abbia in realtà proposto, in opere diverse, due diverse concezioni dell'autonomia privata. Se in una prima fase si era ritenuto che l'atto privato non fosse mai creativo di norme, quanto di rapporti, nella seconda fase anche l'atto privato veniva concepito come fonte costitutiva di rapporti, ma ciò in forza di un potere che *derivava* dallo stato⁸⁴. Si può ben notare come tale concezione nel suo svolgimento successivo vada a contraddire quanto posto in premessa in quanto, se prima teorizza un potere privato autonomo e totalmente "sciolto" dal vincolo statale (che rappresenterebbe un mero *posterius*), successivamente si risolve in esso, quando sostituisce il carattere di originari età a quello di derivazione da parte dell'ordinamento statale medesimo. Tale conclusione infatti appare non dissimile a quanto proposto da Hans Kelsen il quale, nella sua teoria della costruzione a gradi dell'ordinamento (*Stufenbau*) costruiva il negozio giuridico come una fonte di norme, poste dai privati, in virtù di una delega della potestà normativa fatta dallo stato.⁸⁵

La teoria istituzionalistica e quella normativa dell'autonomia privata vengono riproposte, con una mera variazione terminologica, da un altro illustre civilista italiano, Francesco Santoro Passerelli, il quale però non discorre di derivazione o di delega del potere, quanto di

⁸² Si tratta di una concezione questa espressiva dei valori sociali tipici nella società di fine '800, un sistema che poneva al centro l'individuo, operante in una società monoclasse, all'interno di un'economia statica, fondata sulla proprietà, e non sullo scambio e sui traffici, e che poneva al vertice della piramide "giuridica" il diritto soggettivo, che infatti veniva definito come un "potere della volontà". Da tali assunti non poteva che derivarne una concezione dell'autonomia privata costruita sui presupposti di un diritto soggettivo (quello di proprietà) assoluto, il cui unico limite era quello estrinseco posto dall'ordinamento. E proprio dalla critica dell'autonomia come potere sovrano e individualizzante che muoverà Emilio Betti nella costruzione della propria teoria del negozio giuridico.

⁸³ Così Santi Romano, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze, 1945 (rist.), pag. 58. Su tale scia successivamente Salv. Romano, *Agere* (autonomia privata) cit. ... pag 542 ss.

⁸⁴ Santi Romano, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, pag. 24

⁸⁵ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000, pag. 110. Appare curioso rilevare come la teoria di Santi Romano, sorta proprio in contrapposizione alla teoria normativa kelseniana, sotto il profilo dell'autonomia privata, giunga alle medesime conclusioni formulate da quest'ultima. Va inoltre ricordato che la tesi di Kelsen ha trovato svolgimento, nella dottrina giuridica italiana, nell'opera di L. Ferri, *L'autonomia privata*, Giuffrè, 1959.

“autorizzazione”, che lo stato farebbe in favore dei privati. In tutte e tre le teorie su riportate in realtà l’autonomia privata lungi dall’essere considerata come un potere del singolo indipendente dal giudizio dell’ordinamento, si risolverebbe in una sua subordinazione, o meglio, in una concessione (si potrebbe parlare di potere “ottriato”) che l’ordinamento fa verso il privato, concedendogli di disporre liberamente però a date condizioni ed entro i limiti che esso stesso pone, intervenendo in una fase successiva, ovvero nel momento patologico, predisponendo un sistema di tutela giudiziale confluyente nella sanzione.

In altri termini e più sinteticamente, si potrebbe parlare di una delega *ex ante* di potere.

E’ in questa fase del racconto che va ad introdursi un nuovo personaggio, Emilio Betti, il quale criticando le concezioni su esposte, andrà a costruire in maniera (almeno in premessa) diversa il potere del singolo, dando una definizione compiuta e “attuale” di autonomia privata. Secondo l’illustre maestro la tesi “pan-volontaristica” andava criticata proprio sotto il punto di vista del nucleo fondativo: infatti una tesi che assolutizzava la volontà, configurandola come un elemento sovrano che non doveva tenere conto degli altri e tantomeno dell’ordinamento, non appariva aderente allo scenario sociale e giuridico come emergente dal codice del 1942 il quale, non veniva più edificato attorno al diritto assoluto di proprietà, ovvero su un suo elemento “statico”, quanto sugli elementi dinamici del contratto e dell’impresa, elementi tipici di un sistema fondato sull’economia di scambio. Il privato che agisce dunque non potrà non tenere conto di ciò, e così a maggior ragione quando si adopererà nel costituire negozi giuridici (che dell’autonomia privata sono l’estrinsecazione principale); proprio in essi il momento della volontà andrebbe colorato e corretto dal momento della solidarietà, e l’esito di una tale contaminazione dovrebbe produrre un’attività privata che pur tenendo in debito conto l’intento pratico desiderato e voluto in origine dalle parti, dovrebbe pur sempre mirare al raggiungimento di uno scopo di utilità sociale.⁸⁶

Quanto alla teoria della pluralità degli ordinamenti, la critica fu ancor più radicale. Infatti Betti rimproverò ai sostenitori della suddetta tesi un’incoerenza costruttiva proprio in relazione alla concetto di “derivazione” del potere. Secondo Betti il potere del privato infatti nasce come originario; le parti che si impegnano, anche senza l’intervento (prima dell’intervento) della volontà normativa statale, nella stipula di un negozio versano già in una

⁸⁶ Non a caso Betti, nella sua teoria del negozio giuridico, definiva la causa del negozio come “funzione economico-sociale”.

situazione di obbligo. Essi infatti sono tenuti, secondo buona fede, a rispettare tale impegno, che rispetto ad essi appare già come vincolante. Tale impegno – già valido ed efficace su un piano sociale – verrebbe poi ad essere riconosciuto dall'ordinamento giuridico, trasferendosi da una dimensione esclusivamente sociale, ad una eminentemente giuridica. Secondo Betti dunque l'autonomia privata sarebbe un potere che il privato ha già, senza che vi sia una concessione, una delega o un'autorizzazione da parte dello Stato, che però, per rilevare sul piano del diritto oggettivo, necessiterebbe di un (mero) riconoscimento *ex post*. E' evidentemente come tale ricostruzione, seppur suggestiva, e attenta al momento, diremmo, sociale dell'autonomia privata, si risolve comunque nell'intervento statale al fine di acquistare una sua "giuridicità". In altri termini, Betti si differenzerebbe dagli autori solo in relazione al momento dell'intervento della volontà statale, che per lui sarebbe un momento successivo, volto a dare giuridicità ad un vincolo che nella realtà materiale già esiste, mentre per gli altri sarebbe un momento antecedente, in quanto il potere dei privati sarebbe solo una derivazione del potere dello stato.⁸⁷ Al fine di correggere tale incongruenza, un altro autore⁸⁸ ha parlato di riconoscimento "tecnico": il negozio avrebbe già un suo valore non solo empirico, ma giuridico, che prescinderebbe dal giudizio qualificativo dell'ordinamento statale, giudizio quest'ultimo il cui unico ruolo sarebbe quello di rivestire "formalmente" una sostanza che e' già giuridica in sé. Per usare un'apprezzabile metafora, il negozio sarebbe "il corpo", il diritto "il vestito".⁸⁹

Alla luce di quanto detto dunque dovremmo addivenire a tale conclusione: il potere di autonomia privata non sarebbe ne' autonomo (perche' vi e' comunque ed in ogni caso un intervento della volontà statale) ne' privato (perche' la volontà del privato non sarebbe che e' un surrogato di quella statale, della quale gliene verrebbe concessa qualche briciola o frammento).

Proprio in ragione di ciò una recente ed autorevole dottrina, partendo dall'intuizione di Betti del potere di autonomia privata come esistente su di un piano "pregiuridico", ha provato a superare i limiti delle concezioni precedenti, andando a costruire il potere di autonomia

⁸⁷ Non a caso in dottrina, nell'ambito di una comparazione dell'opera di Santi Romano e di Emilio Betti, si e' parlato, per entrambi, di una *dissoluzione statistica dell'autonomia*. Così N.Irti, *Itinerari del negozio giuridico*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, pag.23.

⁸⁸ R.Scognamiglio, *Contributo ad una teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, pp. 149 ss.

⁸⁹ Così G.B.Ferri, *Emilio Betti e la teoria generale del negozio giuridico*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, 1994, pag 45;

privata come un potere autonomo e parallelo con quello statale.⁹⁰ Secondo tale autore infatti l'agire privato e la norma statale si muoverebbero su due binari paralleli: il negozio giuridico infatti, sebbene solo fra le parti, avrebbe una sua efficacia vincolante, seppur limitata, comunque produttiva di un effetto innovativo sul piano giuridico. Il rapporto fra negozio/norma quindi andrebbe valutata solo su di un piano di "compatibilità" di fatto fra i due ordinamenti, da valutarsi volta per volta. Le parti dunque sarebbero già vincolate reciprocamente dall'impegno preso su di un piano sociale, e il mantenere la relazione sul piano sociale non oblitererebbe il momento della sanzione, in quanto le sanzioni sociali (soprattutto in un'economia basata sugli scambi e sui traffici) potrebbero produrre effetti non meno efficaci di quelli che deriverebbero da una sanzione statale (si pensi al discredito in cui incorrerebbe un imprenditore che non rispetti la parola data). Le parti dunque sarebbero vincolate e si impegnerebbero reciprocamente a prescindere dalla prospettiva, futura ed eventuale, di un intervento statale. La fonte di impegnatività del vincolo starebbe nella buona fede oggettiva che permea la dimensione sociale e morale dell'agire umano; anche laddove non vi sia il timore di un intervento dello stato, le parti troverebbero in loro stesse la ragione del non venir meno all'accordo preso o alla promessa fatta.⁹¹

Laddove però si riscontri una qualche compatibilità, le parti possono liberamente scegliere se spostare il loro negozio, già giuridico e già vincolante, sul binario dell'ordinamento statale, al fine di fruire della tutela da questo approntata proprio in caso di svolgimento "patologico" del rapporto. La tutela, e quindi la sanzione, non distinguerebbe i piani su di un piano qualitativo (come si è detto infatti, la sanzione sociale potrebbe ben essere più efficace di quella giuridica), ma solo su un piano quantitativo (data la maggior ampiezza ed organizzazione dell'apparato statale).⁹²

⁹⁰ Ci si riferisce all'opera di G.B.Ferri, *Il diritto statale e il suo doppio*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, 1994, pag. 125 ss.

⁹¹ Interessante sul punto, con riferimento all'analisi del pensiero di Axel Hagerstrom, F.Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, pag 184. Si legga in particolar modo quanto scritto sul finire della nota 1, in apertura della pagina appena citata. A proposito del dovere, esso viene definito come "*inner compulsion towards a certain action*"; il dovere è un impulso psichico che il *soggetto obbligato* (diremmo noi, con riguardo al discorso su nel testo) trova radicato nel profondo; dunque il soggetto ha già in se la spinta ad adempiere la promessa fatta (o ad attendersi che la controparte la adempia), ciò indipendentemente dall'intervento di un giudizio qualificativo operato dallo Stato. L'argomento verrà sviluppato nel paragrafo successivo, quando si tratterà dell'adempimento come atto dovuto.

⁹² Per la sintesi svolta nel testo cfr. GB.Ferri, *Il diritto statale e il suo doppio cit...* pagg 141/146. Tale autore dunque, muovendosi da alcune intuizioni sorte in seno alla dottrina francese (è J.Carbonnier a parlare infatti dell'esistenza di "*une sorte de shadow-institution, dont le structures sont similaires, quoique plus floues*". E George Ripert aggiungeva che se è pur vero che è la sanzione della legge civile che conferisce ad una promessa la sua forza obbligatoria, non è meno vero che

In conclusione, analizzate le varie concezioni sul “fondamento” dell’autonomia privata (in genere) e negoziale/contrattuale (quale specie), si può tentare di addivenire ad una prima conclusione. Tutte le tesi esposte hanno un loro rigore dogmatico e sono logicamente e coerentemente argomentabili sul piano gius-filosofico; la tesi di Santi Romano, che nella sua prima formulazione appariva anche condivisibile, perde la coerenza nella seconda formulazione, giungendo per altra via alla concezione propria di Betti. Le altre ricostruzioni basate sull’intervento *ex ante* dello stato non sembrano accoglibili in quanto negherebbero in radice il significato al sintagma autonomia privata, in quanto il privato non agirebbe tanto in forza di un potere proprio, quanto di un potere subordinato che lo stato gli concede. La tesi di Betti ha un avvio suggestivo e intrigante, che però non riesce a distaccare totalmente l’attributo “autonomo” dal predicato di eteronomia che deriva dall’intervento *ex post*, per quanto tale intervento appaia teorizzato come un sigillo posteriore al sorgere su un piano pregiudiziale di un regolamento di interessi disposto dal soggetto. La tesi di Ferri è forse l’unica (tra quelle esaminate) che prende sul serio il sintagma “autonomia privata”, ma eliminando l’elemento della sanzione “propriamente” giuridica, oblitera il confine fra ciò che è sociale, sebbene si tratti di un sociale che “appare” giuridico, e ciò che è effettivamente giuridico, anche limitando le differenze al solo da un punto di vista quantitativo. Perciò, sebbene possa sembrare una facile scorciatoia, sembra di potersi convenire con l’impostazione di Renato Scognamiglio, il quale parlando di riconoscimento meramente tecnico (e non costitutivo della fattispecie), supera e migliora l’impostazione bettiana.

la legge civile “*demande à la règle morale le secret de la force de la promesse et les caracteres qui la rendent respectable*”), sembra guardare a quel fenomeno di “auto-neutralizzazione” del diritto statale, fenomeno che (cfr.p 149) porta a ritenere come lo stato non debba necessariamente “giuridificare” ogni fenomeno sociale, lasciando delle sacche di totale libertà all’agire autonomo dei privati. Ciò non andrebbe a discapito della certezza del diritto come si è storicamente intesa, né tantomeno a minare le fondamenta strettamente positivistiche (e diremmo anche formalistiche) su cui si basa il nostro l’ordinamento giuridico. Infatti, come si è già rilevato in nota precedente (cfr n.22), anche se riferendoci ad altro aspetto, l’esistenza in un sistema di diritto positivo di ambiti che tale diritto non regola, lasciandoli su di un piano esclusivamente sociale, non vuol dire che tale socialità non sia portatrice di una propria giuridicità “intrinseca”, che segue regole proprie, non incompatibili, quanto parallele, a quelle dello stato. Il diritto statale, in altri termini, non è la misura di ogni comportamento, ma ne è quella prevalente e preponderante, che non assorbe e consuma le altre, lasciando loro degli spazi di autonomia, autonomia che è già in sé qualitativamente giuridica, e che nella sua compatibilità con i principi e le norme statali trova una sua conferma, o meglio, un suo rafforzamento sotto il profilo della tutela. Esempi tipici della bontà di una tale ricostruzione si potrebbero riscontrare ponendo lo sguardo su fenomeni interni al diritto di famiglia, o in materia di obbligazioni naturali. Ulteriori esempi di apertura del sistema, ma sotto la lente interpretativa, sarebbero individuabili nella presenza, all’interno dell’ordinamento positivo, dei concetti elastici, delle clausole generali e dell’equità. Tale ricostruzione viene però criticata da F.Gazzoni, *Manuale cit....pag 778/9* il quale scrive che proprio la maggior definitività e vincolatività che all’impegno dei privati verrebbe dato dall’intervento statale rappresenterebbero il *quid pluris* volto a qualificare l’atto d’autonomia come negozio giuridico piuttosto che come atto sociale o amicale. Infatti mentre il diritto di famiglia – che è società naturale – richiederebbe l’intervento del diritto nel suo solo momento patologico irrisolvibile secondo le regole del costume e della morale, l’obbligazione naturale non andrebbe valutata come fosse un’obbligazione civile, data la mancanza di un’azione esercitabile dal creditore al fine di ottenerne l’adempimento (che infatti deve provenire dalla spontanea volontà del debitore. Infatti, per dottrina unanime, l’adempimento dell’obbligazione naturale è un negozio, e non un atto dovuto).

Tra gli argomenti selezionati intorno alla tematica del negozio giuridico, rimangono da trattare le teorie del negozio e infine stabilire se al giorno d'oggi abbia ancora un qualche senso discorrere del negozio giuridico come categoria dogmatica (con funzione ordinante) e non solo come mera categoria storiografica (per riprendere il titolo di un noto saggio di Natalino Irti).

Quanto al primo tema, esso va svolto in logica dipendenza con la concezione di autonomia privata che si vuole accogliere. Infatti se ci si muove nella prospettiva pan-volontaristica⁹³, il negozio giuridico si risolverebbe in una sorta di manifestazione di volontà, prevalente anche sulla dichiarazione; se si vuole evidenziare il momento "sociale" si propenderà per la tesi della dichiarazione⁹⁴. In realtà tale argomento potremmo risolverlo prendendo a prestito l'immagine della piramide (*begriffepyramide*) di George Friedrich Puchta⁹⁵. Tale illustre pandettista edificava il sistema come una piramide concettuale, al cui centro era posto il diritto soggettivo; al fine di spiegare gli altri fenomeni giuridici non si doveva far altro che muoversi lungo tale piramide e partendo dal suo centro salire e scendere. Quindi in un sistema individualista e permeato dall'ideologia liberale di fine '800, muovendo da un diritto soggettivo inteso in termini assoluti quali il diritto di proprietà, fulcro dell'ordinamento e sintomo di economia statica, la volontà del proprietario intangibile, e procedendo verso la teoria del negozio questo non poteva che essere costruito su basi simili, ovvero come potere di volontà, prevalente sull'eventuale dichiarazione difforme. A riprova di ciò sta la figura dell'errore ostativo, quale divergenza fra dichiarazione e volontà, che provocava la nullità del negozio. In un'economia dinamica quale quella attuale, con un sistema edificato sulle figure dinamiche di contratto e impresa, la volontà si subordina alla dichiarazione, al fine di dare maggior certezza ai traffici, e quindi ai terzi di buona fede⁹⁶ interessati agli affari e agli scambi. Infatti nel nostro sistema attuale l'errore ostativo dà luogo a semplice annullabilità.

⁹³ Si allude all'impostazione su esaminata di Stolfi.

⁹⁴ Ed e' quanto avviene nell'impostazione di Betti.

⁹⁵ G.F.Puchta esprime tale concezione già nel *Lehrbuch der pandekten* del 1938, e la sviluppa nel *Cursus der institutionem*, Leipzig, 1841-1847

⁹⁶ Riferimenti in M.C.Diener, *Il contratto in generale*, Giuffrè, 2011, pp.9-12. L'autrice, nell'indicare come preferibile la teoria dell'affidamento, sulla scia di F.Santoro Passerelli, e descrivendo tale teoria come il giusto medio fra teoria della volontà e teoria della dichiarazione evoca fra le norme poste dall'ordinamento a tutela dei terzi anche l'art 1337 c.c. in materia di doveri di buona fede fra le parti nelle trattative pre-contrattuali. Come si avrà modo di spiegare occupandoci dell'obbligazione senza prestazione, tale norma ha un significato totalmente diverso, e la buona fede che evoca non e' lo status soggettivo rilevante per il terzo, ma e' una concretizzazione della buona fede oggettiva (o etica) dell'art 1175 c.c..

Toccando l'ultimo punto, che troverà però pieno sviluppo nei paragrafi finali della trattazione, pare opportuno giusto accennare come il ruolo del negozio non appaia diminuito né che tantomeno obliterato. Ciò non tanto rispetto al diritto civile, che è terreno elettivo della figura, e ciò si riscontra nelle maggiori trattazioni manualistiche, le quali tutte si occupano della figura del negozio giuridico, anche parlando di negozio (e non di contratto) con riguardo a fenomeni nuovi, quale ad esempio quello dei negozi c.d. configurativi.

La vitalità del negozio giuridico si può rinvenire vieppiù quando ci si sposti nelle altre isole dell'ordinamento: è indubbia la vitalità nel diritto amministrativo, dove il provvedimento viene costruito mutuando non pochi elementi, anche se solo in astratto, del negozio giuridico, ne sono mancati autori che hanno sostenuto la negozialità del provvedimento (come per esempio Francesco Carnelutti⁹⁷ e Federico Cammeo); si ritrova nella procedura civile, basti pensare alla figura della rinuncia quale causa estintiva del processo, la quale è indubbiamente un negozio (secondo alcuni unilaterale, secondo altri bilaterale, secondo altri ancora è un incontro di due (o più) negozi unilaterali autonomi), o nella procedura penale, dove addirittura, nel manuale del maggior processualpenalista vivente (si allude ovviamente a Franco Cordero), vi sono addirittura dedicati dei paragrafi appositi⁹⁹ al negozio giuridico processuale, e dove la figura viene poi riproposta nell'analisi di alcuni giudizi speciali, quali il rito abbreviato e il patteggiamento¹⁰⁰.

In conclusione di questo lungo itinerario, possiamo addivenire ad un primo risultato sul piano definitorio e descrittivo delle tre figure di cui ci si è occupati. Il fatto, l'atto ed il negozio potrebbero essere rappresentati come i termini di un cerchio concentrico, dove sulla curva più esterna è posto il fatto, nell'intermedia l'atto e nell'ultima il negozio. Le tre figure, legate da un rapporto da *genus* a *species* si differenziano sotto il profilo del grado di incidenza della volontà. Se tale grado è minimo nei fatti puri, in quanto l'ordinamento li

Infatti il codice parla opportunamente di parti, e non di soggetti indifferenziati, e se vi sono parti logicamente vi è un rapporto, e solo dove c'è rapporto opera la buona fede.

⁹⁷ F.Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 1951, rist. Esi, pag. 220 ss.; F.Cammeo *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., p.93; Id. *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, 1898, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, p.40

⁹⁸ Tale illustre autore va ricordato anche per il suo tentativo di costruire la figura del reato quale atto illecito proprio partendo dalla teoria del negozio; si veda F.Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, *passim*.

⁹⁹ F.Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, 2006, p.379. riprendendo la definizione data da James Goldschmidt, li definisce "bewirkungshandlungen", perché [i negozi processuali] operano l'effetto cui mirano nel diritto privato. Cordero distingue fra negozi unilaterali processuali, per esempio la rinuncia all'impugnazione, e negozi bilaterali, come il giudizio abbreviato.

¹⁰⁰ Cordero, *op.ult.cit.*, p. 1036 ss.; F.Gazzoni, *Manuale cit.*, p.772.

prende in considerazioni per il solo accadimento materiale, diviene intermedio nell'atto, dove la volontà diviene presupposto di produzione dell'effetto legale predeterminato, e massimo nel negozio, che e' atto di volontà volto alla produzione degli effetti voluti dai dichiaranti.

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA CIVILE

a cura del Dott. Francesco Di Paolo

Nel campo del diritto civile il Principio di legalità assume una connotazione peculiare, in quanto, giustamente disposto di cui all'art. 12 delle "preleggi", le disposizioni civilistiche possono essere applicate anche al di là della singole fattispecie disciplinate, tramite l'analogia *juris* e l'analogia *legis*; pertanto, non può non riconoscersi la portata meno astringente di detto principio riguardo i rapporti e le controversie tra i privati cittadini ed in relazione al valore che assume, invece, nelle altre branche del diritto.

Tanto deriva dal carattere prettamente privistico delle norme in ambito civile che, lasciando ampio spazio all'autonomia delle parti, rifuggono dalla tassatività poichè, mentre nel caso di norme di carattere pubblico, gli interessi contrapposti sono quelli del privato cittadino contro la P.A. (o tra le diverse anime della P.A.), nel caso del diritto civile si incontrano e scontrano soggetti *iure privatorum*. Inoltre, si osserva che, mentre nel diritto pubblico ed, in particolare nel diritto penale, per lo più, in base al nostro substrato culturale, si preservano dei beni di maggior rilievo per l'individuo (quali la libertà personale o patrimoniale), nell'ambito del diritto privato si lambiscono interessi sicuramente rilevanti, ma non di tale portata. A tali conclusioni si aggiunga che, in caso di una troppo stretta e tassativa interpretazione normativa in campo civilistico, si arriverebbe alla paradossale conseguenza di privare (e ledere gli interessi) i *cives* di diritti rilevanti e, spesso, anche di tutela costituzionale.

Non sono moltissime, infatti, le pronunce della Corte di Cassazione che fanno esplicito

riferimento al Principio di legalità e che afferiscono esclusivamente il campo civile. Ed, infatti, in realtà, la maggior parte delle più interessanti sentenze del Giudice di legittimità fanno esplicito riferimento al rispetto di norme di carattere civilistico, in ossequio alla legalità da parte della P.A. (Cfr., ad es., Corte Cass. Civ., Sez. III, n. 5120 del 03.03.2011; Corte Cass. Civ., Sez. III, n. 6681 del 23.03.2011), inserendole, di fatto, in un contest pubblicistico.

Ad ogni modo, il rispetto del Principio di legalità civile, deve essere inteso in maniera più elastica. La norma non deve disciplinare in maniera troppo tassativa (ed esservi, quindi, perfetta corrispondenza tra la fattispecie normativa astratta ed il caso concreto), bensì è necessario (e sufficiente) che la *littera legis* sia applicabile alla fattispecie concreta risalendo alla *ratio* della norma, ovvero grazie l'uso dei principi generali dell'ordinamento.

Fondamentale importanza, poi, ha assunto il rapporto tra norme interne e le disposizioni sovranazionali. Ed, infatti, anche nell'ambito dei rapporti civilistici, le norme internazionali e soprattutto della U.E., esplicano la loro efficacia allorché direzionano il legislatore italiano, dirigono l'interpretazione dei giudici di merito, ed entrano – se sufficientemente specifiche – direttamente nell'ordinamento.

Da questo punto di vista, il Principio di legalità, opera nell'organogramma legislativo interno come una sorta di contenitore (l'ordinamento sovranazionale), entro al quale deve perfettamente attagliarsi la legge nazionale; nel caso ciò non avvenga la norma, uscendo dal "contenitore", sarebbe illegittima, poiché non rispettosa del Principio di legalità.

Questo fa sì, ad esempio, che il Giudice di merito, chiamato a decidere una controversia su di un contratto nel quale scorge la presenza di clausole vessatorie (ex art. 6 della Dir. CE 93/13) pur non impugnate dalla parte, dovrà rilevare la circostanza e la nullità delle predette (o, se del caso, la nullità dell'intera regolazione dell'assetto di interessi) e, provocato il contraddittorio sulla questione (che, quindi non era stata sollevata dalla parte), dichiararne la nullità a meno che lo stesso interessato non attesti di volersi avvalere del programma contrattuale, così come predisposto (Cfr., tra altre, Corte Giust. Corte Giust. Ue, 27,06.2000, in cause riunite C-240/98 – C-244/98).

* * * * *

Di recente è stato portato all'attenzione della Suprema Corte l'interpretazione dell'art. 645, co. 2 c.p.c. (che disciplina il procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo), in relazione con l'art. 165 stesso codice (che sancisce che l'attore debba costituirsi entro cinque giorni, invece che 10, qualora vi sia stata una abbreviazione dei termini a comparire per il convenuto ex art. 163 bis c.p.c.).

Il combinato disposto delle due norme aveva da sempre lasciato almeno un dubbio: l'opponente deve iscrivere la causa a ruolo entro cinque giorni dall'avvenuta notifica all'ingiungente, laddove stabilisce che i termini per la comparizione sono ridotti alla metà?; ovvero, essendo il termine di comparizione ridotto *ex lege*, questi deve seguire il criterio ordinario?

La giurisprudenza prevalente, rispettosa della lettera dell'art. 165 c.p.c., riteneva che la dimidiazione dei termini per la costituzione dell'opponente dipendesse solo da una ragionata scelta del medesimo, il quale, si obbligava ad una più rapida costituzione

qualora avesse deciso di ridurre i termini di legge; nel caso contrario, pur comportando il giudizio di opposizione una riduzione dei termini a comparire, ciò non si rifletteva, automaticamente, sui termini per la costituzione dell'attore.

In effetti, l'art. 165 c.p.c., spiega meramente che l'attore deve costituirsi entro cinque giorni dalla notificazione della citazione solo nel caso di abbreviazione dei termini a norma del comma 2 dell'art. 163 *bis* c.p.c. (tale disciplina è sancita perché il convenuto abbia più tempo a disposizione per poter visionare i documenti a fondamento della pretesa). A sua volta quest'ultima disposizione citata prevede che *"il presidente può, su istanza dell'attore [...] abbreviare i termini di comparizione"*. Ne risulta, secondo una lettura del tutto fedele alla *littera legis*, che la norma prevedrebbe che non si abbia luogo alla dimidiazione dei termini di costituzione se non quando l'attore abbia chiesto - ed ottenuto - la diminuzione dei termini a comparire del convenuto ai sensi dell'art. 163 *bis* c.p.c.. Negli altri casi, ciò, quindi, non avverrebbe.

A sostegno dell'esposta tesi per anni si è schierata unanimemente la giurisprudenza di legittimità (Corte Cass., Sez. I. n. 2911 del 30.10.1963; Corte Cass., Sez. III n. 581 del 14.03.1964; Corte Cass., Sez. III n. 2255 del 03.08.1973; Corte Cass., Sez. I n. 3316 del 30.03.1998; Corte Cass., Sez. I n. 12044 del 27.11.1998; Corte Cass., Sez. I n. 3752 del 15.03.2001; Corte Cass., Sez. I, Ordinanza n. 17915 del 04.09.2004; Corte Cass., Sez. I n. 18942 dell'01.09.2006) il cui filo logico è stato interrotto solo di recente dalle Cassazione a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., n. 19246 del 09.09.2010).

La Corte di legittimità, contrariamente agli unanimi divisamenti delle Sezioni semplici, nell'occasione ha ritenuto più corrispondente allo spirito della norma, secondo un'indagine sistematica delle disposizioni codicistiche, l'interpretazione in base alla

quale fosse una conseguenza automatica il dimezzamento dei termini di costituzione dell'attore, discendente immediatamente dalla scelta del rito monitorio.

Secondo i Giudici del Palazzaccio, tale orientamento, dettato in un *obiter dictum*, trovava fondamento nella necessaria corrispondenza tra i termini di comparizione ed i termini di costituzione, così come sancito nell'art. 165, co. 1, c.p.c.. Ritenevano, infatti, che il principio al quale ci si dovesse attenere nell'ermeneutica del precetto codicistico fosse quello dell'equilibrio della posizione delle parti. Essendo concesso (*ex lege*) un termine inferiore alla parte convenuta per comparire in giudizio, infatti, da un lato si riteneva doveroso concederle almeno qualche giorno in più per valutare la documentazione avversaria, dall'altro l'abbreviazione derivava direttamente dall'esigenza di bilanciamento. Riteneva, quindi, il Supremo Collegio, che la previsione di cui al menzionato art. 165 c.p.c. non fosse di natura eccezionale o derogatoria, bensì, come evidenziato, espressione di un vero e proprio principio generale alla base dell'ordinamento. Aggiungeva, infine, di non disconoscere la differenza funzionale tra il dimezzamento di cui all'art. 163 *bis* c.p.c. e quello *ex lege* previsto nel procedimento di opposizione al monitorio, ma che, però, entrambi trovassero ulteriore giustificazione e fondamento direttamente dai principi di celerità e speditezza del processo.

Le cennate pronunce esprimono alcuni dei modi di interpretare ed applicare il principio di legalità nel diritto civile: le Sezioni semplici della corte riservavano una lettura più frammentaria e, comunque, più legata al tenore letterale; le Sezioni Unite, invece, hanno basato la loro interpretazione normativa alla luce dell'intero sistema codicistico.

In *subjecta materia* è poi intervenuto direttamente il legislatore che, oltre ad aver abrogato il riferimento alla riduzione dei termini di comparizione dall'art. 645 c.p.c., ha

fornito un'interpretazione autentica dell'art. 165 c.p.c.. Per il tramite del disposto di cui all'art. 2 della legge n. 218 del 29.12.2011 (pubblicata in Gazzetta n. 4 del 05.01.12), ha, quindi, riproposto e rimesso in auge l'esegesi fornita dai giudici di merito e di legittimità sino alla sentenza delle Sezioni Unite stabilendo che *"l'articolo 165, primo comma, del codice di procedura civile si interpreta nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'articolo 163-bis, primo comma, del medesimo codice"*.

A tale lettura, quindi, nel rispetto del principio di legalità, si sono conformate anche le successive pronunce della Cassazione (*ex multiis* Corte Cass., Sez. II, n. 2242 del 16.02.2012, Corte Cass., Sez. I, n. 7792 del 17.05.2012).

Già in precedenza, e nel periodo di tempo tra la sentenza a Sezioni Unite e la novella legislativa, molti giudici di merito (cfr, ad es, tra le altre, la sentenza della Corte d'Appello di Reggio Calabria del 29.09.2011), ma anche le sezioni semplici della Suprema Corte (Cfr. Corte Cass., Sez. III, ordinanza n. 6514 del 22.03.2011) avevano, comunque, correttamente ritenuto che l'"*over ruling*" delle Sezioni Unite non potesse essere applicato che a processi svoltisi precedentemente, poiché in caso contrario, "cambiando le regole del gioco a partita iniziata", si incorrerebbe nella violazione del Principio di legalità con il conseguenziale grave pregiudizio derivante per la difesa della parte.

In senso almeno apparentemente opposto si è poi pronunciata la Corte di Cassazione, Sezione I con la già citata sentenza n. 7792/2012. In tale pronuncia, gli Ermellini, affermano che in materia civile *"sono pienamente legittime disposizioni retroattive, non*

solo interpretative, ma anche innovative". Tale principio di diritto, di seguito viene però mitigato con la correlazione alla ragionevolezza. E, quindi, si può affermare che secondo il Principio di legalità in materia civile, possono essere applicate disposizioni retroattive che, però, siano ragionevoli dal punto di vista della loro applicazione.

Ancora, poi, di recente, la Corte di legittimità ha affermato, in materia di spese processuali, come non sia conforme a legalità la decisione del giudice di compensare le spese non supportata da ragioni intelleggibili sulle quali basare la propria decisione in deroga al principio della soccombenza di cui all'art. 92 c.p.c.. (Corte Cass., Sez. II, 30.04.2012).

Tutte queste, e molte altre pronunce, identificano il ruolo del Principio di legalità nel diritto civile e la maniera diversa in cui viene interpretato in confronto ai più rigidi parametri di cui al diritto penale ed amministrativo.

Dr. Francesco DI PAOLO

MASSIME

Corte Cass. Civ., Sez. III, n. **5120** del 03.03.2011;

RESPONSABILITÀ CIVILE - Amministrazione pubblica - in genere

"L'attività della p.a. deve svolgersi nei limiti posti dalla legge e dal principio del "neminem laedere" ex art. 2043 c.c., anche qualora si muova nel campo della pura discrezionalità: in tal caso, i limiti esterni alla sua attività discrezionale sono rappresentati dai principi di legalità, nonché da quelli di imparzialità e buona amministrazione ex art. 97 cost. Il g.o. può quindi accertare se la p.a. abbia posto in essere o meno un comportamento doloso o colposo che, in violazione di tale norma e tale principio, abbia determinato il vulnus di un diritto soggettivo (nella specie, la Corte ha ritenuto che il comportamento tenuto dall'amministrazione finanziaria costituisca una violazione del suddetto principio, atteso che, nonostante le diffide, mai l'Agenzia delle entrate aveva provveduto a verificare quanto lamentato dal contribuente, e cioè che esso non era tenuto al pagamento delle somme richieste con gli avvisi di accertamento notificati)".

Corte Cass. Civ., Sez. III, n. **6681** del 23.03.2011

RESPONSABILITÀ CIVILE - Amministrazione pubblica - in genere

“Le attività della p.a., ed in particolare della Consob, ente pubblico di garanzia di controllo e vigilanza sul mercato dei valori mobiliari e sulla raccolta finanziaria del risparmio, deve svolgersi nei limiti e con l'esercizio dei poteri previsti dalle leggi speciali che la istituiscono, ma anche della norma primaria del "neminem ledere", in considerazione dei principi di legalità, imparzialità e buona amministrazione dettati dall'art. 97 cost. in correlazione con l'art. 47, prima parte, della Costituzione; pertanto la Consob è tenuta a subire le conseguenze stabilite dall'art. 2043 c.c., atteso che tali principi di garanzia si pongono come limiti esterni della sua attività discrezionale, ancorché il sindacato di questa rimanga precluso al g.o. L'illecito civile, per la sua struttura, segue le comuni regole del codice civile anche per quanto concerne la c.d. imputabilità soggettiva, la causalità, l'evento di danno e la sua quantificazione (in applicazione del suesposto principio, la Corte ha condannato la Consob al risarcimento dei danni patiti da alcuni risparmiatori, che avevano perso tutto quanto investito a seguito di una sollecitazione all'investimento effettuato da una società autorizzata dalla stessa Consob, che, però, aveva ommesso di compiere la dovuta vigilanza anche quando era risultato evidente che la società in oggetto rientrava in un gruppo più ampio di soggetti, che svolgevano autorità di intermediazione senza le necessarie autorizzazioni)”.

Corte Cass. Civ., Sez. I, Sentenza n. **2911** del 30.10.1963

Presidente: **FIBBI.** Estensore: **BIANCHI DE SPINO.**
ZANELLA contro MOLESSO

PROCEDIMENTI SOMMARI - INGIUNZIONE - OPPOSIZIONE - TERMINI - DI
COMPARIZIONE - RIDUZIONE A META - FACOLTA DELL'OPPONENTE -
CONSEQUENTE RIDUZIONE DEI TERMINI DI COSTITUZIONE.

“Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, dimezzare i termini di comparizione e una facoltà dell'opponente e soltanto quando egli se n'avvalga, assegnando al convenuto in opposizione un termine a comparire inferiore a quell'ordinario, e ridotto alla meta il termine a lui stesso assegnato per la Costituzione dell'art 165 cod proc civ' allorchè, invece, l'opponente assegni al convenuto il termine ordinario di comparizione, o un termine maggiore, i termini per la Costituzione delle parti rimangono quelli ordinari.”;

Corte Cass., Sez. 3, **Sentenza** n. 581 del 14.03.1964

Presidente: **PELLETTIERI.**
MALQUORI contro FABBRI

Estensore: **CORTESANI.**

131021 300773 PROCEDIMENTI SOMMARI - INGIUNZIONE -OPPOSIZIONE -
TERMINI - TERMINI DI COMPARIZIONE - RIDUZIONE A META - FACOLTA
DELL'OPPONENTE - CONSEGUENZE - DIMEZZAZIONE DEL TERMINE DI
COSTITUZIONE - APPLICABILITA NEL GIUDIZIO DI APPELLO.*

“La riduzione a meta dei termini di comparizione e di Costituzione prevista dall'art.645 cod.proc.civ. per il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, applicabile anche nella fase di appello, e rimessa alla facolta dell'opponente, sicche la riduzione a meta del termine per la Costituzione opera se ed in quanto risulti abbreviato in concreto quello di comparizione.”

Corte Cass. Civ., Sez. II, n. **3031** del 30.12.1967

Presidente:**DANZI.** Estensore: **PEDRONI.**

PROCEDIMENTI SOMMARI - INGIUNZIONE - OPPOSIZIONE - TERMINI - DI
COMPARIZIONE E COSTITUZIONE.

“La riduzione a meta dei termini di comparizione e di Costituzione prevista dall'art.645 cod. proc. civ. per il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo- riduzione applicabile anche nella fase di appello - e rimessa alla facolta dell'opponente, sicche la riduzione del termine per la Costituzione opera se ed in quanto risulti abbreviato in concreto quello di comparizione.).”;

Corte Cass.Civ, Sez. III, n. **2255** del 03.08.1973

Presidente: **LA FARINA.**
FALL BRANZOLI contro GRUNSTEIN

Estensore: **SCHERMI.**

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN
GENERE - TERMINI DI COSTITUZIONE - RIDUZIONE A META - PRESUPPOSTI.*

“Nel processo di opposizione a decreto ingiuntivo i termini di Costituzione sono ridotti a meta quando l'opponente si avvalga della facolta, attribuitagli dall'art 645 cod proc civ, di ridurre a meta il termine ordinario di comparizione, mentre, ove l'opponente non si avvalga di tale facolta, ed assegni al convenuto il termine ordinario di comparizione od un termine maggiore, i termini di Costituzione sono anch'essi quelli ordinari”.

Corte Cass. Civ., Sez. I, n. **12044** del 27.11.1998

Presidente: **Sensale A.** Estensore: **Salmè G.** P.M. **Buonajuto A.** (Conf.)
TOMASI (*Formigini*) contro INSIEME SNC (*Non costituito*)

(Rigetta, App. Bologna, 17 febbraio 1996).

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN
GENERE - Termini di comparizione - Riduzione alla metà - Facoltà dell'opponente -
Consequente riduzione dei termini di costituzione - Configurabilità - Costituzione tardiva -
Equiparazione alla mancata costituzione - Consequente improcedibilità dell'opposizione.

“In tema di procedimenti per decreto ingiuntivo, qualora l'opponente si avvalga della facoltà di dimezzare il termine di comparizione assegnando al convenuto opposto un termine inferiore a quello ordinario (art. 645 ultimo comma cod. proc. civ.), anche il termine a lui assegnato per la costituzione ex art. 165 cod. proc. civ. è ridotto alla metà, con la conseguenza che la tardiva costituzione (del tutto equiparabile alla mancata costituzione) comporta l'improcedibilità dell'opposizione, a nulla rilevando la tempestiva costituzione dell'opposto.”;

Corte Cass. Civ., Sez. I, n. **3316** del 30.03.1998

Presidente: **Sensale A.** Estensore: **Luccioli MG.** P.M. **Giacalone G.** (Conf.)
SO.C.E.T. S.p.A. (*Libonati*) contro Belcastro (*Pasquale*)

(Rigetta, App. Firenze, 28 gennaio 1995).

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN
GENERE - Facoltà dell'opponente - Riduzione dei termini di comparizione alla metà (art.
645 cod. proc. civ.) - Esercizio - Conseguenze - Automatica riduzione dei termini di
costituzione - Costituzione tardiva - Equiparazione alla mancata costituzione - Legittimità.

“Nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà dei termini di comparizione, prevista dall'art. 645, comma secondo, cod. proc. civ., è rimessa alla facoltà dell'opponente e, nel (solo) caso in cui questi se ne sia effettivamente avvalso, risultano conseguentemente ridotti alla metà anche i termini di costituzione, la quale, ove tardivamente effettuata, dovrà ritenersi "tamquam non esset", ai sensi e per gli effetti del disposto dell'art. 647 cod. proc. civ., il cui contenuto normativo, completo ed autonomo, è del tutto privo di qualsiasi riferimento, anche implicito, che ne imponga un ipotetico coordinamento con il dettato normativo degli artt. 171 e 307 stesso codice, non potendo l'esigenza di un siffatto coordinamento desumersi neanche da quanto disposto nel citato art. 645 (norma che presuppone l'applicabilità delle regole del procedimento ordinario solo se ed in quanto, nella sede loro propria, non esistano norme disciplinanti in modo diverso il procedimento speciale).”

Corte Cass.Civ., Sez. I, n. **3752** del 15.03.2001

Presidente: **Reale P.** Estensore: **Morelli MR.** P.M. **Martone A.** (Conf.)
Torino Auto Srl (Ummarino) contro Franscar Più Srl (Montanini ed altro)

(Rigetta, Trib.Torino, 5 novembre 1997).

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN GENERE - Termini di comparizione previsti dal nuovo testo dell'art. 163 bis, primo comma, cod. proc. civ. - Facoltà dell'opponente di assegnare un termine di comparizione inferiore ex art. 645 cod. proc. civ. - Esercizio - Motivi - Irrilevanza - Conseguenze della riduzione del termine - Automatica dimidiazione dei termini di costituzione - Configurabilità.

“Anche alla luce della nuova disciplina (delle conseguenze della violazione) del termine di comparizione, introdotta dalla legge n. 353 del 1990, nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo i termini di costituzione delle parti, previsti negli artt. 165 e 166 cod. proc. civ., sono necessariamente ridotti a metà, se l'opponente si sia avvalso, ai sensi dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., della facoltà di assegnare al convenuto un termine di comparizione inferiore a quello previsto dal primo comma dell'art. 163 bis cod. proc. civ.. La dimidiazione del termine di costituzione consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine inferiore a 60 giorni, per cui risulta del tutto irrilevante che la concessione di quel termine sia dipesa da una scelta consapevole dell'opponente ovvero da un errore di calcolo del medesimo.”

Corte Cass. Civ, Sez. I, Ordinanza n. **17915** del 04.09.2004

Presidente: **Saggio A.** Estensore: **Marziale G.** P.M. **Sorrentino F.** (Conf.)
Apollonio (Caprioli e altro) contro Notaro e altra (De Vitis e altro)

(Cassa con rinvio, Trib. Lecce, 5 aprile 2002).

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN GENERE - Assegnazione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a sessanta giorni - Conseguenze - Riduzione alla metà del termine di costituzione per l'opponente - Configurabilità - Erronea indicazione del termine - Rilevanza - Esclusione.

“Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, ai sensi dell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a sessanta giorni, anche se determinata da errore.”

Corte Cass. Civ., Sez.III, n. **16332** del 20.11.2002

Presidente: **Giustiniani V.** Estensore: **Purcaro I.** P.M. **Cesqui E.** (Conf.)
Callegari (Manzi) contro Ugolini (Moser)

(Rigetta, App. Trento, 11 agosto 1998).

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN
GENERE - Riduzione dei termini previsti dall'art. 645 cod. proc. civ. - Opponente -
Assegnazione al convenuto del termine ordinario di comparizione o di una maggiore -
Ammissibilità - Conseguenze - Riduzione dei termini di costituzione - Esclusione.

“La riduzione dei termini di comparizione alla metà, prevista dall'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ. per il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, ha carattere facoltativo, in quanto l'opponente può, anziché valersi di tale disposizione, assegnare al convenuto il termine ordinario di comparizione o anche uno maggiore. Pertanto solo nel caso in cui l'opponente si sia effettivamente avvalso di tale facoltà, anche i termini di costituzione sono automaticamente ridotti alla metà.”

Corte Cass. Civ., Sez. I, n. **18942** del 01.09.2006

Presidente: **Losavio G.** Estensore: **Panebianco UR.** Relatore: **Panebianco UR.** P.M.
Schiavon G. (Conf.)
La Galia (Barbera ed altri) contro Agnello (Trifilo' ed altri)

(Rigetta, App. Messina, 20 Luglio 2002)

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN
GENERE - Riduzione alla metà dei termini di comparizione (art. 645 cod. proc. civ.) -
Facoltà dell'opponente - Esercizio - Conseguenze - Automatica riduzione dei termini di
costituzione - Inosservanza del termine - Applicabilità dell'art. 647 cod.proc.civ. - Esecutività
del decreto ingiuntivo - Rinnovazione tardiva dell'atto di opposizione - Rilevanza -
Esclusione - Fondamento - Richiamo della sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 2002.

“Nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà dei termini di comparizione, prevista dall'art. 645, comma secondo, cod. proc. civ., è rimessa alla facoltà dell'opponente e, nel (solo) caso in cui questi se ne sia effettivamente avvalso, risultano conseguentemente ridotti alla metà anche i termini di costituzione, la cui inosservanza comporta, ai sensi del disposto dell'art. 647 cod.proc.civ., la esecutività del decreto ingiuntivo, senza che rilevi la eventuale rinnovazione, su disposizione del giudice, ove tardiva, atteso che tale rinnovazione è stata ritenuta possibile dalla Corte costituzionale (sent. n. 18 del 2002) purchè effettuata nel rispetto del termine di quaranta giorni dalla notifica del decreto. “

Corte Cass., Sez. U, n. **19246** del 09.09.2010

Presidente: Carbone V. Estensore: Salme' G. Relatore: Salme' G. P.M. Pivetti M. (Conf.)

Coluccia (*Amorosi*) contro Bancapulia Spa (*Guglielmo*)

(Rigetta, App. Lecce, 01/07/2003)

PROCEDIMENTI SOMMARI - 021 OPPOSIZIONE - IN GENERE

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN GENERE - Art. 645 cod. proc. - Riduzione del termine a comparire per l'opposto - Automaticità - Conseguenze - Riduzione del termine di costituzione dell'opponente - Fondamento - Richiesta dell'opposto di anticipazione della prima udienza - Ammissibilità.

“Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la previsione della riduzione a metà dei termini a comparire, stabilita nell'art. 645, secondo comma, cod. proc. civ., determina il dimezzamento automatico dei termini di comparizione dell'opposto e dei termini di costituzione dell'opponente, discendendo tale duplice automatismo della mera proposizione dell'opposizione con salvezza della facoltà dell'opposto, che si sia costituito nel termine dimidiato, di richiedere ai sensi dell'art. 163 bis terzo comma cod. proc. civ., l'anticipazione della prima udienza di trattazione.”

Corte Cass. Civ. Sez. III, ordinanza n. **6514** del 22.03.2011

INGIUNZIONE IN MATERIA CIVILE (PROCEDIMENTO PER) - Opposizione - termini

“Va rimesso in discussione l'automatico dimezzamento del termine di costituzione per l'opponente nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo, stabilito nella pronuncia delle S.U. n. 19246 del 2010: tale soluzione determina, in via meramente interpretativa, un aggravamento della posizione di una sola delle parti del giudizio, nell'esercizio del diritto di difesa, non previsto dalla legge, in un procedimento che vede già il convenuto opponente in una posizione di svantaggio rispetto all'attore-opposto. Inoltre per gli effetti sui procedimenti in corso che il nuovo principio di diritto determina, è necessaria una seria riflessione sul problema dell'efficacia nel tempo delle regole giurisprudenziali, specie se processuali, e per queste ragioni si sottopone la problematica alle Sezioni Unite come questione di massima di particolare importanza”.

Corte **appello Reggio Calabria**, 29.09.2011,

INGIUNZIONE IN MATERIA CIVILE (PROCEDIMENTO PER) - Opposizione - termini

“In tema di tempi per la costituzione dell'opponente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, il principio enunciato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 19246 del 2010 non è applicabile ai processi svoltisi in data anteriore, allorché era consolidata una diversa interpretazione, secondo cui il dimezzamento del termine ex art. 165 c.p.c. per la costituzione dell'opponente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo era rimesso alla scelta dell'opponente medesimo, e non era effetto automatico della proposizione dell'opposizione. Diversamente argomentando, infatti, si determinerebbe la sostanziale violazione del principio di legalità sancito da varie norme della Costituzione ed in particolare dall'art. 111, pregiudicando in modo irreparabile le ragioni degli opposenti a causa di un mutamento sopravvenuto delle regole processuali per causa ad essi non imputabile.”

Corte Cass. Civ., Sez. I, n. **7792** del 17.05.2012

Presidente: **Carnevale C.** Estensore: **Macioce L.** Relatore: **Macioce L.** P.M. **Zeno I.** (Conf.)

Aspra Finance Spa ed altro (Cavallari) contro Viola ed altro (Ranalli)

(Rigetta, App. Perugia, 28/09/2009)

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN GENERE - Disposizione transitoria ex art. 2 della legge n. 218 del 2011 - Correlazione della dimidiazione del termine di costituzione dell'opponente alla sua eventuale scelta acceleratoria - Ragionevolezza - Applicazione ai procedimenti in corso - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza.

“In tema di opposizione a decreto ingiuntivo, è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge n. 218 del 2011, il quale, per i procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore, autenticamente interpretando l'art. 165, primo comma, cod. proc. civ., esclude che la dimidiazione del termine di costituzione dell'opponente sia automatica e ragionevolmente la correla all'eventuale scelta acceleratoria compiuta dall'opponente stesso tramite assegnazione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello dell'art. 163-bis, primo comma, cod. proc. civ.; invero, nella materia civile, sono pienamente legittime disposizioni retroattive, non solo interpretative, ma anche innovative, se giustificate sul piano della ragionevolezza e non contrastanti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti, come la norma in questione, che non realizza un'indebita intrusione del legislatore nei procedimenti in corso, né un irragionevole attentato ai diritti del giusto processo.”

Corte Cass. Civ., Sez. II, n. **2242** del 16.02.2012

Presidente: **Triola RM.** Estensore: **Giusti A.** Relatore: **Giusti A.** P.M. **Golia A.** (Conf.)
Giuffrida (Donati ed altro) contro Banca Popolare Soc. Coop. (Bucolo)

(Rigetta, App. Catania, 22/10/2007)

PROCEDIMENTI SOMMARI - D'INGIUNZIONE - DECRETO - OPPOSIZIONE - IN GENERE - Art. 2 della legge 29 dicembre 2011, n. 218 - Interpretazione autentica dell'art. 165, primo comma, cod. proc. civ. - Riduzione del termine di costituzione dell'opponente - Automaticità - Esclusione - Presupposti - Assegnazione all'opposto di termine a comparire ridotto - Necessità - Conseguenze - Fattispecie relativa a procedibilità dell'opposizione a decreto ingiuntivo in riferimento alla costituzione dell'opponente.

“Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, in applicazione della norma di interpretazione autentica dell'art. 165, primo comma, cod. proc. civ., dettata dall'art. 2 della legge 29 dicembre 2011, n. 218, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente si applica solo se questi abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'art. 163-bis, primo comma, cod. proc. civ. (Nella specie, in applicazione dell'enunciato principio, la S.C. ha escluso che ricorressero i presupposti per l'eccepita improcedibilità dell'opposizione perchè iscritta a ruolo oltre il quinto giorno successivo alla notificazione dell'atto di opposizione, risultando dagli atti che l'opponente non aveva assegnato all'opposto un termine per comparire inferiore a quello stabilito dall'art. 163-bis, primo comma, cod. proc. civ.). “

Corte Cass. Civ., Sez. II, n. **6608** del 30.04.2012

“Il potere del giudice di compensare le spese non è arbitrario ma vincolato, nel senso che devono essere intelligibili le ragioni per le quali viene derogato il rispetto del principio della soccombenza, riconosciuto dall'art. 92 c.p.c. così da consentirne l'effettivo controllo di legalità. L'affermazione della "complessità della ricostruzione in fatto dei rapporti tra le parti" è sostanzialmente tautologica e priva di una concreta motivazione sia p

**GLI ANORMALI PERCORSI DELLA MENTE:
ALCUNE RIFLESSIONI IN TEMA DI IMPUTABILITA'**

a cura dell' Avv. Barbara Carrara

Le cronache giudiziarie ci hanno da tempo assuefatto a fatti eclatanti, sovente persino impensabili nella loro efferatezza, commessi tuttavia da persone che in diverse circostanze sarebbero state considerate affidabili e soprattutto assolutamente normali; dirimpettai decisi alla strage per i motivi più futili, fidanzati respinti in cerca di vendette sanguinose, adolescenti rabbiose spinte all'omicidio per invidia o gelosia, figlicidi, matricidi o parricidi senza una motivazione di qualche rilievo.

Non si tratta ovviamente di una novità, poiché in tempi odierni l'eco mediatica altro non ha fatto che amplificare la risonanza di alcune vicende la cui tipologia è tristemente già ben nota a quelli fra gli operatori giudiziari che nel passato si sono trovati purtroppo ad affrontare casi analoghi in maniera tutt'altro che occasionale.

Un elemento tuttavia abbastanza frequente, in queste vicende, è dato dal fatto che le Corti giudiziarie raramente hanno riconosciuto la non imputabilità, sia pure parziale, per infermità di mente agli autori di delitti così difficili da comprendere; nonostante le invocazioni delle difese, queste persone sono state ritenute sovente assolutamente consapevoli e decise in merito alle azioni da loro poste in essere, al loro disvalore sociale e morale ed alla loro conseguenze.

Si tratta quindi di vicende giudiziarie nelle quali sono state vagliate azioni sicuramente terribili, ma poste in essere da persone in senso lato completamente “normali”.

Sull'idea di normalità non si può che rinviare alla speculazione filosofica: nel 1961 la scrittrice Hannah Arendt, inviato speciale del periodico *The New Yorker*, seguì a Gerusalemme tutte le 120 sedute in cui si articolò il processo a carico del tenente colonnello Adolf Eichmann, responsabile su scala europea del coordinamento del trasferimento dei prigionieri ebrei nei campi di sterminio.

Nel 1963 i resoconti della Arendt vennero poi pubblicati nel fondamentale testo “La banalità del male”; in questo volume l'autrice affrontò sia l'analisi delle complesse relazioni intercorrenti tra la facoltà di giudizio, la facoltà di discernere quel che è giusto da quello che è sbagliato che le loro implicazioni morali; in merito poi al personaggio Adolf Eichmann -

che, in sua difesa, non aveva mancato di precisare alla Corte che “*si era occupato solo di trasporti*” - l'autrice giunse alla conclusione che le “*azioni erano mostruose, ma chi le fece era pressoché, ne' demoniaco ne' mostruoso*”.¹⁰¹

Sul tema della follia e dell'infermità mentale finiscono così per intrecciarsi da sempre tematiche filosofiche ed argomentazioni psicologiche nonché antropologiche, prima ancora che riflessioni giuridiche; tuttavia il tema dell'imputabilità viene da sempre individuato come un punto decisamente cruciale ed irrinunciabile della riflessione sul cosiddetto diritto penale garantista.¹⁰²

Il sistema penale italiano assume infatti il concetto di capacità di intendere e di volere quale presupposto per la non imputabilità dell'individuo, poiché quest'ultimo, in difetto di tale presupposto non potrà essere chiamato a rispondere di un fatto previsto dalla legge come reato.¹⁰³

L'imputabilità viene così intesa come uno status, ovvero come quella condizione soggettiva che non rende possibile la rimproverabilità della condotta al soggetto che l'ha posta in essere: si tratta pertanto di una situazione soggettiva di incapacità di colpevolezza, così definita anche grazie all'avallo definitivo sul punto da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte: “*l'imputabilità è ben più che una semplice condizione soggettiva di riferibilità della conseguenza del reato data dalla pena, divenendo piuttosto la condizione dell'autore che rende possibile la rimproverabilità del fatto*”¹⁰⁴

La prospettiva assunta nella presente trattazione è quella della della analisi delle anormalità, intesa come deviazione dalla norma: nell'ambito che qui ci interessa occorrerà subito premettere che nel sistema processualpenalistico così come delineato dai codici e dalle leggi

101 Hanna Arendt, “La Banalità del male; Eichmann a Gerusalemme”, Universale Economica Feltrinelli, 2003.

102 In realtà, secondo la migliore dottrina, nella perenne antinomia tra libertà e necessità del pensiero umano l'ipotesi della libertà di scelta è presupposto dello stesso diritto penale.

Al di fuori della categoria logica della libertà di scelta, e quindi della responsabilità, neppure può parlarsi di un diritto penale. In tal senso, si veda F. Mantovani, *Diritto Penale, parte generale*, pag. 639.

103 Articolo 85 c.p. “*Capacità d'intendere e di volere. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile.*”

È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere.”

104 Cassazione Penale, 8.03.2005 n. 9163 “*Può, dunque, ritenersi consolidato e definitivo approdo ermeneutico-costituzionale e sistematico che “la configurazione personalistica della responsabilità - come ancora si esprime autorevole dottrina - esige che essa si radichi nella commissione materiale del fatto e nella concreta rimproverabilità dello stesso. Il che è quanto dire che deve essere possibile far risalire la realizzazione del fatto all'ambito della facoltà di controllo e di scelta del soggetto, al di fuori delle quali può prendere corpo unicamente un'ascrizione meccanicistica, oggettiva dell'evento storicamente determinatosi”: e di tale approdo è necessario, ove occorra, tenere ineludibile conto nella interpretazione della norma, essendo canone interpretativo pacifico che, ove siano possibili più interpretazioni della stessa, deve prevalere ed essere privilegiata quella costituzionalmente orientata e non confliggente con i principi consacrati nella Carta fondamentale.*”

speciali non è rinvenibile alcuna definizione di “normalità” : sul punto non si può non condividere l'opinione di chi ritiene che si tratti di un silenzio apprezzabile, poiché una simile definizione deve necessariamente essere rimessa all'elaborazione filosofica più che alla dottrina penalistica.¹⁰⁵

Se piuttosto si intenda invece esaminare la categoria della anormalità vista nel senso letterale di non conformità alla norma, per applicare questa tipologia concettuale nell'ambito dello schema della capacità di intendere e di volere occorrerà preliminarmente affrontare la tematica del controverso rapporto tra la colpevolezza e l'imputabilità.

Se infatti l'art.42 del codice penale prevede che, perché si possa parlare di punibilità per azioni od omissioni previste dalla legge come reato, queste debbano essere commesse con coscienza e volontà, l'attenzione poi si sposterà a sua volta sull'art.85 del codice, ove viene delineata quella che potremmo senz'altro una ipotesi di anormalità rispetto alla ipotesi “regolare” di imputabilità del fatto al suo autore: il riferimento è così alla situazione quindi in cui un soggetto, pur avendo posto in essere una condotta conforme al modello codicisticamente previsto sia dal punto soggettivo che oggettivo, non sarà tuttavia imputabile esattamente perché ricorre una delle condizioni che ne escludono l'imputabilità.

In passato una voce dottrinale aveva tuttavia ritenuto che, in presenza della necessità della colpevolezza richiesta dall'art 42 c.p. non fosse poi necessario specificare la carenza di imputabilità tramite la previsione dell'art 85 c.p.; quindi, qualora non fosse presente la signoria della volontà del soggetto sul fatto concreto, non vi sarebbe comunque stata necessità di una norma ulteriore per definire la posizione del soggetto cui manchi appunto la *suitas*.

E' stato poi l'apporto giurisprudenziale sul punto a chiarire come in realtà le due norme lavorino su piani differenti: l'imputabilità attiene infatti ad una condizione psichica del soggetto, rilevante ai fini della capacità giuridica penale e quindi al di fuori della costruzione del reato; dal canto suo invece la colpevolezza, che presuppone l'imputabilità, costituisce a sua volta l'aspetto soggettivo del reato, poiché attiene propriamente a quel criterio normativo

105 In tal senso, G. Losappio, “Normalità e devianza nella prospettiva penalistica”, Relazione presentata al convegno “Normalità e devianza”, Andria, 30.05.2007.

Secondo questo autore, premesso appunto che non esiste nel sistema penale, una definizione compiuta di normalità, occorre appunto orientarsi verso il rapporto tra diritto penale ed anormalità; in questa visuale, l'anormalità rileva sotto l'aspetto delle condizioni psicofisiche, e quindi il rapporto fra pazzia e diritto penale, la razza e gli orientamenti sessuali. Gli ordinamenti giuridici, in linea generale, tendono ad utilizzare queste tre condizioni di “anormalità” come presupposto per aggravare la risposta sanzionatoria.

in base al quale ad un soggetto viene concretamente attribuita la causalità psichica di una determinata condotta.¹⁰⁶

In ambito dottrinale si sono a dire il vero fronteggiate due posizioni radicalmente opposte: l'orientamento più tradizionale, ancorato al concetto psicologico per cui la colpevolezza si sarebbe sostanziata in un nesso psicologico tra l'autore ed il fatto, riteneva infatti che quest'ultima e l'imputabilità dovessero essere tenute ben distinte ed indipendenti, riducendo così l'imputabilità a mera "capacità alla pena".¹⁰⁷

Muovendo invece da una elaborazione della imputabilità che presupponga una concezione normativa della colpevolezza, intesa come rimproverabilità, si perviene alla diversa posizione dottrinale ora dominante, per cui l'imputabilità deve essere elaborata come capacità alla colpevolezza.¹⁰⁸

Nella perenne ed irrisolta diatriba tra indeterministi e deterministi, tra libero arbitrio e responsabilità sociale, riflettendo sul concetto di anormalità non ci si può esimere da un pur breve cenno proprio a quella Teoria della normalità, che – nell'ambito delle costruzioni dottrinali in merito al fondamento della imputabilità - ha trovato tra i suoi maggiori sostenitori Pietro Nuvolone: secondo questa linea di pensiero, solo l'uomo maturo e e psichicamente sano, ovvero l'uomo in grado di autodeterminarsi, potrebbe essere considerato effettivamente imputabile.

Secondo questa impostazione la normalità secondo il diritto penale non è necessariamente coincidente con la normalità secondo la scienza psichiatrica oppure secondo la psicologia, che anzi ritiene che il confine tra normalità e follia possa essere estremamente sfumato.

Poiché invece la scienza penale necessita di un confine preciso, *"la normalità, per il diritto penale, è la facoltà di intendere gli oggetti della percezione con una mente non viziata da infermità [...] e a un livello di maturità corrispondente alla media di sviluppo caratteristico dell'età; e la facoltà di adeguarsi a tale rappresentazione"*¹⁰⁹

Parallelamente alla Teoria della normalità, tra le correnti di pensiero che hanno cercato il fondamento dell'imputabilità possiamo rammentare la Teoria dell'identità personale, per cui

106 Cassazione penale, sez. I, 31.10.1970 n. 711, che appunto ribadisce come l'indagine in tema di colpevolezza per un incapace vada effettuata con i medesimi criteri da adottare nei confronti di un soggetto pienamente capace.

107 A questo orientamento, compiutamente elaborato da Antolisei, (in Manuale di diritto penale pag. 257), aderirono Pagliaro, (in Principi di diritto penale) nonché Marini e Portigliatti Barbos, in "La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano, pag. 174.

108 Si tratta della corrente, ora predominante e fatta propria dalla giurisprudenza, che vede tra i suoi esponenti F. Mantovani (in Diritto Penale, pag. 433), Bricola, in "Fatto del non imputabile e pericolosità", pag. 15

109 Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1975, p. 246

l'imputabilità è presente quando il fatto commesso può essere ricondotto alla personalità dell'autore; la Teoria della intimidabilità, secondo la quale se il ruolo della pena è l'intimidazione, ossia il timore della sanzione, questa può essere efficacemente percepita solo da un soggetto capace di sentirne la minaccia; ed infine la Teoria, di stampo più recente, della responsabilità umana, per cui l'imputabilità dovrebbe essere connessa alla maturità dell'individuo ed alla sua coscienza dei propri atti dinanzi alla legge penale.

Come si è già avuto modo di accennare, l'impianto codicistico presuppone un soggetto agente perfettamente capace e consapevole¹¹⁰; si tratta di una scelta di campo precisa da parte del legislatore, che assume normativamente l'individuo come libero di agire e pienamente responsabile delle sue azioni.¹¹¹

La situazione di anormalità viene invece delineata dagli art. 85 e 88 c.p., dove si individuano le cause che sono in grado di escludere in tutto od in parte la capacità di colpevolezza del soggetto agente ed in base alle quali il giudice potrà valutare se sussista o meno un caso di non conformità alla normale ipotesi di imputabilità.

Le cause codicistiche di non imputabilità non sono tassative: gli art. 97 e 98 c.p. prevedono quali cause di esclusione la minore età¹¹², mentre l'art 96 c.p. disciplina il caso del sordomutismo, ritenuto come una minorazione sensoriale che potrebbe comportare a sua volta una diminuzione della capacità psichica¹¹³

Il complesso degli art. 91 – 95 c.p. delinea invece le ipotesi di cause di non imputabilità per tossicità, quindi di abuso di alcool o di sostanze stupefacenti.

110 Si tratta, quindi, di quello che Mantovani definisce “ *il terreno apparentemente neutrale della normalità psichica*”, cfr., F. Mantovani, Diritto Penale, Parte generale, pag. 639.

111 E' quindi di una presunzione iuris tantum, dettata dalla impossibilità di verificare ogni volta in concreto i processi motivazionali di ciascun individuo nel caso concreto; il raggiungimento della maggiore età viene fatto normativamente coincidere con il raggiungimento della maturità psichica e quindi, con l'imputabilità.

112 Nel caso del minore si parla di immaturità; la presunzione di non imputabilità per i minori di 14 anni è assoluta, mentre la maturità, e quindi l'imputabilità, deve essere verificata in sede giudiziale per i maggiori di quattordici anni ma minori di diciotto.

Articolo 97. Minore degli anni quattordici. Non è imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i quattordici anni.

Articolo 98. Minore degli anni diciotto. È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita. Quando la pena detentiva inflitta è inferiore a cinque anni, o si tratta di pena pecuniaria, alla condanna non conseguono pene accessorie. Se si tratta di pena più grave, la condanna importa soltanto l'interdizione dai pubblici uffici per una durata non superiore a cinque anni, e, nei casi stabiliti dalla legge, la sospensione dall'esercizio della potestà dei genitori o dell'autorità maritale.

113 *Articolo 96. Sordomutismo. Non è imputabile il sordomuto che, nel momento in cui ha commesso il fatto, non aveva, per causa della sua infermità la capacità d'intendere o di volere.*

Se la capacità d'intendere o di volere era grandemente scemata, ma non esclusa, la pena è diminuita.

Si rammenti tuttavia che la categoria stessa della imputabilità è stata oggetto di profonde revisioni critiche, giunte sino a prefigurarne l'eliminazione dal sistema: all'indomani dell'ingresso nell'ordinamento della legge 180 del 1978 e con essa di una idea completamente diversa del disturbo mentale e delle sue modalità di cura nonché di reinserimento sociale, vennero avanzate alcune proposte legislative in merito ad un ripensamento complessivo delle categoria concettuale della incapacità di intendere e di volere, ritenuta da alcuni esponenti della moderna psichiatria come una negazione della persona e dei suoi diritti¹¹⁴; la reazione della dottrina penalistica sul punto fu a dir poco unanime, ritenendo un principio irrinunciabile del diritto penale la non imputabilità di chi non è compos sui.¹¹⁵

E' tuttavia un fatto indiscusso che, aldilà delle prospettive dottrinali, le scelte del legislatore non possono che appoggiarsi sulle conoscenze scientifiche e sulle posizioni assunte dalla psicanalisi e dalla psichiatria forense, nonché sulle diverse opzioni sociologiche e culturali.

Nel caso dello statuto dell'infermità mentale ci troviamo dinanzi ad un regime decisamente eterogeneo, risultante dalle diverse concezioni dell'infermità mentale alle quali il legislatore ha fatto riferimento nel corso degli anni per definire l'infermità di mente nel suo fondamentale ruolo di esclusione della imputabilità.

Questo complesso rapporto tra scienza psichiatrica e giustizia penale trova la sua ragione nei mutamenti di paradigma intervenuti nella evoluzione del sapere psichiatrico.

Sul punto, occorre fare riferimento alla nozione di paradigma adottata da T. Khun: questi appunto definisce il paradigma quale l'insieme di impegni teorici assunti da una comunità scientifica, quali il linguaggio, i metodi di convalida, la scelta dei problemi che si ritengono importanti.

114 Un'importante iniziativa nel senso della soppressione della non imputabilità fu il disegno di legge presentato nel 1983 dal Senatore Vinci Grossi nella IX legislatura (n.177-1983); occorre poi citare il disegno di legge n. 2083 del 2.08.1995, di iniziativa del senatore Ritz: che, pur lasciando immutate le nozioni di infermità nonché di incapacità di intendere e di volere, nell'art 83 inserisce il più ampio termine "anomalia", quindi una nozione che – sull'esempio delle altre legislazioni europee – permetterebbe di ricomprendere tutta quella casistica di disturbi psichici che solitamente sfuggono alla definizione dell'infermità, come le psicopatie ed i disturbi della personalità. Nel 1996, su iniziativa del deputato Franco Corleone, è stata presentata una proposta di legge (proposta di legge n. 151/1996, "Norme in materia di imputabilità e di trattamento penitenziario del malato di mente autore di reato"), con cui si propone di nuovo la radicale eliminazione degli art 88 ed 89 c.p. dall'impianto codicistico, equiparando di fatto soggetti sani e soggetti malati di mente. Secondo la relazione al disegno di legge, *"il proscioglimento dal reato conseguente alla non imputabilità per infermità psichica negherebbe al malato di mente di accedere a quei benefici e facilitazioni al reinserimento sociale che possono invece essere usufruiti dai soggetti "sani di mente" condannati a pena detentiva, creando una vera e propria disparità di trattamento costituzionalmente inaccettabile. Con l'applicazione della misura di sicurezza e l'invio, quindi, nell'ospedale psichiatrico giudiziario"...la società evita il proprio dovere di punire chi infrange la legge e, in sostituzione di una riabilitazione umana e sociale in un ambito penale, il malato di mente viene punito con la restrizione ed il trattamento in un contesto psichiatrico..."*.

115 Cfr Mantovani, Diritto Penale, Parte generale, pagina 61; Grassi – Nunziata " Infermità di mente e disagio psichico nel sistema penale, Padova 2003, pag. 8.

In questa accezione, la rivoluzioni scientifiche sono appunto i cambiamenti complessivi di questi impegni e quindi del paradigma.¹¹⁶

Il sistema italiano attualmente in vigore è senz'altro il risultato di una serie di mutamenti prospettici nel campo del sapere psichiatrico in generale e della nozione di infermità mentale in particolare; mentre infatti l'impianto codicistico ha trovato i suoi principi ispiratori nella psichiatria positivista ed organicista, ove questa riteneva di poter disporre di tutti gli opportuni strumenti per stabilire quando l'autore di un fatto illecito costituente reato fosse o meno in grado di intendere e di volere e potesse quindi essere imputabile, le scuole di pensiero che si sono succedute nel tempo - grazie ai contributi della psicanalisi e e della psichiatria sociale - hanno poi potuto elaborare una nozione di infermità mentale in maniera estremamente più ampia rispetto alla tradizionale impostazione sulla malattia psichiatrica.¹¹⁷

Nella disputa tra i fautori del libero arbitrio nonché della funzione retribuzionistica della pena ed i deterministi preoccupati principalmente della pericolosità del soggetto, il codice del 1930 optò per il sistema del doppio binario, che prevedeva l'applicazione della pena e della misura di sicurezza per gli imputabili e riservava ai non imputabili la sola misura di sicurezza.

L'intervento della Corte Costituzionale e le novità apportate dalle leggi sull'ordinamento penitenziario hanno ampiamente rivisto l'impianto originario del codice, che è passato da un apparato caratterizzato da rigida schematicità ad un complesso normativo che affida molto al ruolo dell'accertamento peritale in tema di infermità.

La questione venne approfonditamente esaminata nell'ambito del Progetto di Riforma del Codice Penale predisposto dalla Commissione Grosso; il testo dell'art 94 infatti prevedeva che *“Non è imputabile chi, per infermità di mente o per altra grave anomalia, ovvero per ubriachezza o intossicazione da sostanze stupefacenti, nel momento in cui ha commesso il fatto era in condizioni di mente tali da escludere la possibilità di comprendere l'illiceità del fatto o di agire in conformità a tale valutazione”*.

Nell'allegato alla relazione del 15 luglio 1999 l'estensore del documento non poté non prendere atto della crisi stessa dell'istituto della imputabilità per il venir meno di alcuni punti sino ad allora ritenuti fermi ed incontestabili: *“Il primo e fondamentale campo problematico,*

116 T. Khun *“La Struttura delle rivoluzioni scientifiche”*, Einaudi, Torino 1995.

117 Osserva ad esempio D.Terracina come *“ Secondo il paradigma medico, infatti, le infermità mentali richiamate nell'art. 88 del codice penale sarebbero solo le vere e proprie malattie del cervello o del sistema nervoso, aventi un substrato biologico. Da Freud in poi, però, il concetto di infermità si è allargato sino a ricomprendere non solo le psicosi organiche, ma anche altri disturbi morbosi dell'attività psichica, come le psicopatie, le nemesi ed i disturbi della affettività.”* cfr in *“Problemi nati dal difficile rapporto tra giustizia penale e psichiatria”*, in Guida al Diritto 28.01.2012 n.5 pag. 63

per la disciplina della (non) imputabilità, è quello delle situazioni soggettive di 'non normalità psichica' (con riferimento al momento del commesso reato).

È qui che in dottrina (Bertolino) si è ravvisata una crisi dell'istituto dell'imputabilità, per il venire meno di antiche (illusorie) certezze (il paradigma medico - nosografico) nelle scienze che si occupano della psiche, dell'infermità e del disagio psichico. Mentre il legislatore credeva di poter trarre indicazioni univoche, le applicazioni del diritto riflettono invece le incertezze e le divergenze di opinione nel mondo della scienza psichiatrica, attorno alla malattia di mente e alle sue implicazioni, al punto che si è potuto realisticamente rilevare che il concetto di infermità di mente, utilizzato dal codice, sarebbe divenuto privo di connotazione semantica, essendo divenuto inconsistente il parametro esterno di riferimento.”¹¹⁸

Quindi, non si poté che prendere atto della crisi che aveva investito il concetto stesso di non normalità psichica.

La Commissione Grosso modificò poi l'originaria stesura dell'art.94, modificando il termine “grave anomalia” con la diversa espressione “grave disturbo della personalità” (modifiche del 26.05.2001).

Il progetto Grosso manteneva poi inalterata la distinzione tra capacità di intendere e capacità di volere, pure strettamente legata ad una concezione psichiatrica propria degli anni trenta e profondamente contestata dalla moderna scienza che sostiene l'unicità della psiche; questo nonostante siano state di più parti poste in discussione le formule lessicali utilizzate dal codice Rocco, proprio perché espressione di un sapere scientifica oramai superata.

Se pure già il legislatore del 1930 aveva preferito il termine infermità - ben più flessibile rispetto alla restrittiva nozione di malattia mentale - per definire l'area controversa della sofferenza psichica, non sono tuttavia pochi i problemi affrontati in sede giurisprudenziale proprio per circoscrivere il il concetto di infermità mentale quale emerge dagli art. 88 ce 89 cip. Superata infatti l'impostazione tradizionale che identificava il disturbo mentale secondo una concezione organicistica, per cui l'incapacità doveva comunque dipendere da una causa

118 Commissione Grosso, imputabilità, cfr in: http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp;jsessionid=2052514F9C814F59990516338C61E8E0.aipAL01?previousPage=mg_1_12_1&contentId=SPS31485

patologica ¹¹⁹ è comunque emersa con chiarezza la necessità di distinguere l'infermità rilevante ai fini della imputabilità da anomalie psichiche invece differenti.

Non poco controversa è stata in effetti la tematica relativa ai disturbi della personalità, che hanno trovato ingresso nel novero delle previsioni di cui agli art. 88-89 grazie alla fondamentale decisione delle sezioni unite numero 9163 del 2005; nel provvedimento in questione la nozione di malattia mentale viene slegata dal modello cosiddetto medico, per ricomprendervi ogni anomalia psichica, anche non connessa ad una patologia, purché sia di intensità tale da incidere comunque sulla capacità di intendere e di volere.

Si tratta, per l'appunto, di uno dei mutamenti di paradigma cui si è fatto poc'anzi cenno, poiché la Suprema Corte ha appoggiato la sua decisione su un modello psicologico di disturbo mentale, e non più medico, che prescinde pertanto da qualsiasi individuazione nosografica.

Quel che realmente importa, ad avviso della Corte, piuttosto che l'infermità in se stessa, è l'attitudine del disturbo ad alterare lo stato di mente del soggetto: *“in prima approssimazione, deve innanzitutto osservarsi che, in effetti – come pure non si è mancato di evidenziare in dottrina – gli art. 88 e 89 cip. fanno riferimento non già ad una “infermità mentale”, ma ad una “infermità” che induca il soggetto “in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere e di volere” o da farla “scemare grandemente” (gli art. 218 e 222 c.p., in tema di presupposti per l’applicabilità della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico o in una casa di cura o di custodia, parlano invece espressamente di “infermità psichica”): se ne è giustamente inferito che “non è l’infermità in se stessa (neppure, a rigore, la più grave) a rilevare, bensì un ‘tale stato di mente’, da essa determinato, ‘da escludere la capacità di intendere o di volere’”, o da farla ritenere “grandemente scemata”; ulteriore corollario di tale rilievo è l’annotazione che tali norme non circoscrivono il rilievo alle sole infermità psichiche, ma estendono la loro previsione anche alle infermità fisiche, che a quello stato di mente possano indurre. “*

Nella medesima sentenza viene poi fatto riferimento alla diversa ed altrettanto difficile tematica delle “reazioni a corto circuito”, intendendo così quelle alterazioni mentali atipiche e

119 Cfr. Cass. Pen. Sez. I, 13.05.1981 n. 4551; sez. I, 28.07.1982 n. 7327, per cui *“ai fini della sussistenza del vizio totale o parziale di mente, l’infermità mentale, anche se esprime un concetto più ampio di quello di malattia mentale, deve sempre a una causa patologica, non necessariamente inquadrabile nelle figure tipiche della nosografia clinica, ma sempre tale da alterare i processi della intelligenza o della volontà, con esclusione, nel caso di vizio totale, o con notevole diminuzione, nel caso di vizio parziale, della capacità di intendere e di volere”*

temporanee che la giurisprudenza e la dottrina hanno solitamente inquadrato nel novero degli stati emotivi e passionali di cui all'art 90 c.p.¹²⁰

Anche nel caso delle reazioni a corto circuito l'orientamento delle Corti è mutato in seguito alla diversa impostazione seguita dalla moderna scienza psicologica; le reazioni a corto circuito sono, ad esempio, quelle disarmonie della personalità psicopatica che, in presenza di condizioni di particolare gravità, bloccano le contropunte inibitorie del soggetto e gli impediscono di rispondere in maniera critica agli stimoli esterni.

Nel 1987 la Corte d'Assise di Milano esaminò un caso di infanticidio, in cui venne ritenuta non imputabile, per momentaneo discontrollo delle funzioni superiori dell'Io, una giovane donna madre, che affetta da turbe della personalità inerenti alla sfera degli affetti ed alla percezione del proprio corpo, aveva ucciso la sua bambina appena nata gettandola dalla finestra, nello sconvolgimento emotivo conseguente al parto e subito dopo questo.

Sia il giudice di prime cure come pure la corte di seconda istanza conclusero con provvedimenti estremamente innovativi nel loro genere, poiché affermarono che sussiste il vizio totale di mente qualora si riscontri una apprezzabile alterazione della mente, anche temporanea, che sia conseguenza di uno stato morboso o patologico, anche se questo non è esattamente definibile dal punto di vista clinico o diagnostico, che tuttavia privi l'agente della facoltà di esercitare correttamente le funzioni intellettuali e volitive; nella sentenza di appello, la Corte ribadì anzi che *“La presenza di grande immaturità affettiva e cioè di un aspetto di abnormità psicologica in un aspetto che pone in essere una condotta incomprensibile in chiave di razionalità autorizza a definire il transitorio obnubilarsi dei controlli come condizione palesemente patologica tale da escludere l'imputabilità dell'agente per vizio totale di mente nel caso di infanticidio. Il verificarsi del parto ove questo sia caratterizzato da assoluta eccezionalità sia per la personalità dell'imputata, impreparata ad affrontarla ed accettarla in rapporto a una situazione di emergenza (doglie improvvise e inaspettate), unitamente alla condotta tenuta nei mesi precedenti di infantile e autosuggestiva negazione della gravidanza che abbia quindi causato un'incalzante alternanza e progressione di incredulità di paura e di angoscia, di dolore fisico e perturbamento morale, autorizza il giudice a ritenere sussistente l'ipotesi di una alterazione psicologica, e nulla rilevando l'impossibilità di una specifica classificazione.*

120 Articolo 90. Stati emotivi o passionali. Gli stati emotivi o passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità.

La natura di infermità psichica idonea a compromettere la funzione intellettuale ed abolire quella volitiva sia pure in un momento transitorio e brevissimo, corrispondente alla commissione del delitto esclude che si possa applicare al delitto l'ipotesi degli stati emotivi e passionali che si riferisce invece ad una situazione di semplice turbamento dell'equilibrio psichico conseguente all'insorgenza di fatti che toccano esclusivamente la sfera emotiva (ad esempio la collera e la paura) ovvero traggono origine da sentimenti più radicati e duraturi dell'animo umano (come gelosia l'amore, l'ambizione).”

Se quindi è evidente che Corti di merito e di legittimità non possono prescindere, nelle loro valutazioni, dallo stato della scienza, possiamo concludere questo breve excursus con un rinvio doveroso all'ingresso delle neuroscienze, già apprezzate in ambito criminologico, anche nei provvedimenti giurisdizionali. L'argomento si presenta di tale vastità che non potrà che essere oggetto di una trattazione autonoma: pure, possiamo già delineare alcune brevi considerazioni in tema di neuroscienze forensi.

Una delle prime e più controverse decisioni che ha dato ingresso alle analisi neuroscientifiche in tema di morfologia del cervello nonché di patrimonio genetico nell'ambito della perizia volta a stabilire l'infermità mentale è stata la sentenza del GUP di Como n. 536 del 20.05.2011.

Nel caso affrontato dal Giudice per l'udienza preliminare, la valutazione in merito alla infermità mentale dell'imputata, accusata di omicidio era stata affidata ad una serie di consulenze dalle conclusioni discordanti; prevalse infine la prospettazione della difesa, ove questa ritenne opportuna l'integrazione della prima consulenza con una innovativa serie di test neuropsicologici finalizzati ad accertare sia lo stato mentale generale dell'imputata che le sue singole funzioni mentali specifiche. Gli stessi consulenti della difesa sottoposero poi l'imputata ad un accertamento particolarmente innovativo, ossia un esame della struttura cerebrale ad alta risoluzione tramite la tecnica Voxel – Based – Morphometry, ossia una tecnica di analisi in neuroimaging sulla struttura morfologica del cervello.

Da quest'esame, i consulenti poterono rilevare che l'imputata presentava una alterazione nella morfologia e nel volume cerebrale proprio in quell'area del cervello la cui funzione è regolare i comportamenti istintivi ed automatici nonché il controllo della aggressività. Infine, con una indagine sul patrimonio genetico venne confermata la presenza, per l'imputata, di tre “alleli” sfavorevoli, ossia una tipologia di geni che, secondo la letteratura scientifica

internazionale, sono normalmente associati ad un maggior rischio di comportamento impulsivo, aggressivo e violento.

E' sulla base di questi importanti elementi che il Giudice per le indagini preliminari ha quindi optato, nel caso dell'imputata, per la semi -infermità mentale.

Di particolare interesse è tuttavia l'apparato motivazionale della sentenza, ove il giudicante vi precisa altresì che la decisione finale non è mossa da alcuna finalità deterministica; nelle motivazioni viene anzi sottolineato come sia la morfologia cerebrale dell'imputata come pure il suo patrimonio genetico non sono individuati come la causa del crimine commesso, bensì come *fattori di rischio* del fatto stesso criminoso.

Il medesimo rilievo di determinismo era in realtà stato già levato in occasione della sentenza della Corte di Assise di Appello di Trieste n. 5 del 18.09.2009, che a sua volta aveva riconosciuto parzialmente incapace di intendere e di volere un imputato a ragione di una predisposizione genetica tendente al comportamento aggressivo. In questo caso, l'imputato era stato sottoposto sia ad una analisi genetica comportamentale che ad una risonanza magnetica funzionale associata allo stop – signal test.

Alla luce di questi primi due importanti provvedimenti, non vi è chi non veda, tuttavia, le molte questioni etiche che si proporranno all'interprete nell'ambito di questo nuovo filone scientifico e criminologico: se per certi versi infatti le nuove tecnologie potranno essere decisive nella esclusione o meno della imputabilità del soggetto, tuttavia non si potranno evitare ripercussioni etiche in tema di riduzionismo biologico e determinismo nonché di valutazione sulla pericolosità sociale.

Nella sentenza di Como il Giudicante, dinanzi al possibile rilievo di determinismo, sottolineò come sia proprio la libertà delle persone a contrapporsi comunque all'automatismo ed al determinismo dei cervelli: l'argomentazione, a dire il vero, non appare convincente, ove parimenti si sostenga che il soggetto non è imputabile perché la sua morfologia cerebrale ed il suo patrimonio genetico sono tali da non consentirgli il pieno controllo della sua aggressività e quindi, in definitiva, delle sue scelte.

E' sicuramente prematuro azzardare previsioni sulle possibili applicazioni che delle neuroscienze potranno essere fatte nell'ambito degli accertamenti giudiziari, ma si affaccia prepotentemente l'interrogativo se ci si trovi dinanzi ad un nuovo, ulteriore mutamento di

paradigma e con questo non assisteremo ad un diverso ed ulteriore modo di intendere l'anormalità.

Segnalazioni editoriali

a cura della Libreria Guidoni

Viale Guidoni 18c, Firenze

Tel e fax 055-0500451



AUTORE: ADILARDI

EDITORE: NEL DIRITTO

Questo Codice costituisce un indispensabile strumento di lavoro in grado di assicurare, nel contempo, un corretto e solido inquadramento dei principi generali che governano la responsabilità civile derivante dalla circolazione stradale ed una puntuale ed esaustiva disamina dell'ampia casistica delle condotte illecite che integrano le fattispecie generali, con un attento riferimento agli strumenti processuali, nonché alla disciplina legislativa in materia assicurativa. Una particolare attenzione è stata dedicata alle rilevanti connessioni tra il sistema della responsabilità delineato dal codice civile e le specifiche norme cautelari di condotta previste dal Nuovo Codice della Strada. Particolarmente approfondito è l'esame delle questioni di maggior rilievo applicativo nella innovata materia dell'assicurazione obbligatoria, aggiornato sino al decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, coordinato con la legge di conversione 17 dicembre 2012, n. 221. È stata prestata, inoltre, particolare attenzione ai profili processuali connessi alla legge 18 giugno 2009, n. 69, la quale ha modificato la disciplina del rito applicabile ai procedimenti aventi ad oggetto il risarcimento dei danni derivanti dalla circolazione stradale con danni alla persona.

Quanto alla struttura del Volume, sotto ciascuna disposizione l'annotazione si articola in tre Sezioni, in linea con la struttura della Collana. La prima consiste in un inquadramento anche dottrinale, snello ed essenziale, degli istituti disciplinati.

Nella seconda ("domande e risposte") sono indicati in forma di domanda pressoché tutti gli interrogativi interpretativi che nella applicazione della disposizione sono emersi, con le

relative risposte tratte dalla più significativa giurisprudenza di legittimità e di merito. Nella terza parte sono riportate le formule. Si è provveduto alla elaborazione di un robusto indice analitico. La Pubblicazione è, inoltre, corredato da una ricca appendice, nel corpo della quale sono state inserite - oltre alle norme di legge e regolamentari emanate nella materia oggetto di trattazione - la convenzione tra gli assicuratori (c.d. CARD), le tabelle per la valutazione del danno biologico e morale elaborate dai principali uffici giudiziari italiani, nonché i decreti di dettaglio utili per il calcolo di ogni tipologia di danno conseguente alla circolazione stradale.



AUTORE: BATA'

EDITORE: IPSOA

Il presente Volume fornisce il quadro completo e aggiornato delle articolate procedure concernenti le notificazioni. Vengono approfonditi gli aspetti della notificazione civile (codice di procedura civile, comunicazioni e notificazioni in generale, giudizio di primo grado, impugnazioni, regolamento di giurisdizione, regolamento di competenza, rito del lavoro, processo di esecuzione, procedimenti speciali, facoltà di notificazioni di atti civili, amministrativi e stragiudiziali per gli avvocati, sanzioni amministrative e giudizio di opposizione avverso l'ordinanza-ingiunzione), della notificazione nel processo amministrativo (notificazioni in generale, introduzione del giudizio, impugnazioni, ricorso gerarchico e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), della notificazione nel processo tributario e nel processo penale.

L'Opera è aggiornata con la Legge di Stabilità 228/2012, con il D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 "Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese", conv., con modif., dalla L. n. 221/2012, con il D.L. 2 marzo 2012, n. 16, conv., con modif., dalla L. 26 aprile 2012, n. 44, c.d. "decreto semplificazioni tributarie", con la L. 12 novembre 2011, n. 183, in tema di posta elettronica certificata, riduzione e accelerazione del contenzioso pendente davanti alle Corti d'appello e alla Corte di cassazione e spese di giustizia e con il D.M. 21 febbraio 2011, n. 44 recante "Regolamento concernente le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale, delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione".

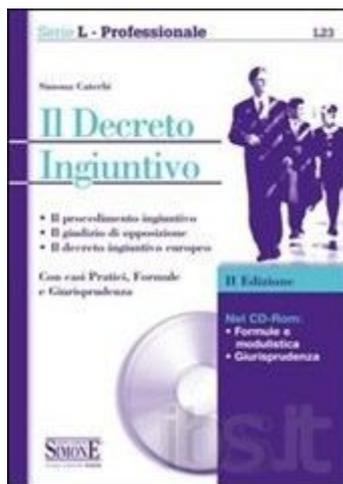


AUTORE: APICELLA

EDITORE: SIMONE

Questo Formulario del diritto di famiglia e della volontaria giurisdizione affronta due materie, spesso strettamente connesse, che involgono procedimenti attinenti a fattispecie molto delicate della vita delle persone. In tale ottica il formulario consente di poter accedere agevolmente a tutte le informazioni tecniche, dottrinarie e giurisprudenziali, necessarie per poter affrontare ciascuna delle materie trattate. Tiene conto delle novità normative più recentemente intervenute, quali la Legge 12 novembre 2011, n. 183 che ha modificato l'art. 125 c.p.c., il D.M. 20 luglio 2012, n. 140 in tema di principi e parametri per la liquidazione dei compensi degli avvocati da parte degli organi giurisdizionali, il D.L. n. 98/2011, convertito in L. n. 111/2011 che ha modificato il D.P.R. 2002, n. 115 in materia di contributo unificato e il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni nella L. 7 agosto 2012, n. 134 che ha in parte modificato l'appello ed il ricorso in cassazione intervenendo sugli articoli del codice di procedura civile, nonché della più recente giurisprudenza.

Infine, il formulario è aggiornato alla Legge 10-12-2012, n. 219 che, intervenuta ad adeguare la materia del diritto di famiglia al mutato sentimento sociale, ha modificato la disciplina dei figli naturali che vengono completamente equiparati ai figli legittimi, mutando finanche l'aspetto terminologico: si prevede la sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai "figli legittimi" e ai "figli naturali" con riferimenti ai "figli", salvo l'utilizzo delle denominazioni di "figli nati nel matrimonio" o di "figli nati fuori del matrimonio". Al Formulario è allegato un Cd-Rom contenente tutte le formule personalizzabili dall'utente. La struttura del cd rom permette, inoltre, non solo di copiare l'atto scelto al fine di completarlo con i dati del cliente, ma anche di creare una propria cartella con gli atti maggiormente utilizzati ed un proprio "formulario personale".



AUTORE: CATERBI

EDITORE: SIMONE

Il Volume sottopone a particolare indagine la sola fase della opposizione al decreto, rinnovando lo stesso, tenuto conto delle copiose evoluzioni normative e giurisprudenziali e sottoponendo, altresì, ad approfondita analisi anche la fase monitoria del procedimento. Sono state particolarmente approfondite tematiche quali la concessione della provvisoria esecutorietà, ovvero la sospensione della medesima in ipotesi di decreto già esecutivo ed i conseguenti riflessi di tali decisioni sulla procedura esecutiva, così come pure è stato dato rilievo a problematiche attinenti alle varie modalità di evocazione di terzi in giudizio ed agli incidenti che possono verificarsi nel corso del procedimento. Il tutto, ovviamente, non trascurando le più recenti modifiche normative e giurisprudenziali intervenute sul tema, fra le quali si segnalano, la soppressione dell'ultimo comma dell'art. 645 c.p.c., intervenuta a seguito dell'overruling delle Sezioni Unite, di cui alla sentenza n. 19246/2010; la L. 27/2012, che ha abrogato le tariffe professionali vigenti; il D.M. 140/2012, che ha introdotto i nuovi parametri per la liquidazione dei compensi professionali; l'eliminazione dell'istituto della media conciliazione, a seguito di declaratoria di incostituzionalità di cui alla sent. 272/2012 della Corte Costituzionale; la L. 247/2012 (in vigore dal 2-2-2013), che ha introdotto una nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense. Al testo è allegata un'ampia casistica su specifiche questioni meritevoli di ulteriore approfondimento e di particolare attualità, al fine di proporre all'operatore pratico le possibili situazioni nelle quali è destinato ad imbattersi, consentendogli di ritrovare nel precedente giurisprudenziale certezze o spunti interpretativi, al fine di accompagnarlo alla soluzione più idonea in riferimento alla questione concretamente posta al suo vaglio. La trattazione è, infine, completata da un formulario, da una rassegna delle decisioni giurisprudenziali maggiormente rappresentative sul tema e dalla modulistica relativa al decreto ingiuntivo europeo.



AUTORE: SARALE

EDITORE: UTET

L'opera esamina in maniera completa e approfondita la materia della **costituzione e finanziamento delle società per azioni** ed è divisa in tre parti:
- nella prima viene analizzato il tema della costituzione della s.p.a.;
- nella seconda e terza parte vengono approfonditi gli aspetti legati al finanziamento attraverso un commento alla disciplina delle azioni e delle obbligazioni.

In particolare, il volume è aggiornato al l. 4.4.2012, n. 35 in tema **numero dei componenti il collegio sindacale**, alla l. 7.8.2012, n. 134 in tema di **emissioni di obbligazioni** e al d.lgs 22.6.2012 n. 123 in tema di **semplificazioni** (anche pubblicitarie) **per fusioni e scissioni**.





AUTORE: SAITTA

EDITORE: GIUFFRÈ'

Nella fase finale del Master di II livello in Diritto dei contratti pubblici attivato, per l'a.a. 2009/10, presso il Dipartimento di Studi Giuridici della Facoltà di Giurisprudenza (oggi Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali) dell'Università Magna Graecia di Catanzaro, si sono svolte due mezze giornate dedicate al contenzioso sui contratti pubblici a distanza di un anno dal recepimento in Italia, attraverso il decreto legislativo n. 53 del 2010, della direttiva n. 2007/66/CE e di circa sette mesi dall'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (approvato con decreto legislativo n. 104 del 2010), nel quale sono poi confluite tutte le norme processuali sui pubblici appalti contenute nel precedente decreto. Nel Convegno, peraltro, non sono stati affrontati soltanto i profili strettamente processuali del contenzioso sui contratti pubblici, essendo stata la prima sessione dedicata alla fase c.d. precontenziosa ed ai rimedi alternativi. Le relazioni e gli interventi, tutti di ottima qualità, dimostrano l'attualità del tema, che del resto, nel tempo trascorso tra lo svolgimento del Convegno e la pubblicazione dei relativi atti, è stato ulteriormente arricchito da nuovi contributi dottrinali e giurisprudenziali.



AUTORE: SALITO

EDITORE: CEDAM

Amministrazione di sostegno. Interdizione. Inabilitazione.

Queste le declinazioni degli strumenti di protezione dell'incapace, all'indomani dell'entrata in vigore, nel nostro ordinamento, della legge n. 6/2004.

Questi gli istituti sui quali – all'interno di un trattato unico per la completezza e per l'attenzione riservata all'analisi dottrinale e giurisprudenziale – si confrontano giuristi dalle diverse professionalità (professori universitari, notai, magistrati, avvocati, esperti del settore), onde offrire una lettura critica ed attenta di un sistema in costante evoluzione.

L'obiettivo del presente volume è quello di analizzare, sotto tutte le sfaccettature, le problematiche legate alla amministrazione di sostegno, alla interdizione, alla inabilitazione.

Gli autori hanno ricostruito i diversi profili con una attenzione rilevante ai problemi che la 'pratica' ha chiesto di risolvere, non ultime le riflessioni di carattere processuale.

Viene fatto il punto attraverso le risposte giurisprudenziali sull'applicazione di una riforma che ha innovato profondamente il sistema di protezione dei soggetti deboli. Per completezza quantitativa e qualitativa l'opera è un unicum nel panorama italiano, anche in relazione a tutti gli orientamenti giurisprudenziali segnalati.



AUTORE: MAZZARELLA

EDITORE: CEDAM

Il volume affronta, con un taglio estremamente operativo, basato sui principali orientamenti giurisprudenziali e sulle contrapposte tesi dottrinarie, l'intero processo civile, tenendo conto dei principali interventi che sono stati attuati.

Ecco gli interventi legislativi più importanti e recenti, di cui il volume tiene conto:

- legge n. 183 del 2011 (che ha modificato alcuni articoli del c.p.c. – pec, comunicazioni e notificazioni, intimazione testi, appello e cassazione, esecutorietà della sentenza, atp)
- d.l. n. 202 del 2011 (modifiche alla disciplina sulla mediazione);
- legge n. 92 del 2012 che ha ridisegnato il procedimento per l'impugnativa del licenziamento;
- d.p.r. n. 137 del 2012 (riforma ordinamenti professionali);
- legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto il “filtro” in appello, modificato il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. e dettato una nuova disciplina per l'equa riparazione dei danni da ritardi

processuali.

- d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con mod. dalla L. 221/12 che ha introdotto novità in materia di notificazioni telematiche, PEC;
- legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Legge di Stabilità) che è riportata in appendice;
- la sentenza Corte cost. 272 del 6 dicembre 2012 che ha dichiarato illegittima la norma sulla mediazione obbligatoria.



AUTORE: CAVALLI

EDITORE: UTET

L'opera si divide in due parti:

- nella prima viene analizzata tutta la **disciplina in tema di assemblea societaria**, esaminando le questioni relative alle competenze, alla convocazione e svolgimento e alla invalidità della deliberazione.
- nella seconda parte, gli Autori approfondiscono le tematiche relative alle **funzioni e responsabilità degli amministratori societari**.

In particolare, il volume è aggiornato al **d.lgs. 18.6.2012, n. 91** in tema di convocazione e svolgimento dell'assemblea e alla **l. 24.3.2012, n. 27** che introduce le Sezioni specializzate in materia di impresa.

Il volume, frutto dell'esperienza professionale e didattica degli Autori, fornisce una lettura teorico-pratica della normativa contenuta nel codice, senza trascurare l'analisi di quella speciale e della casistica più significativa.



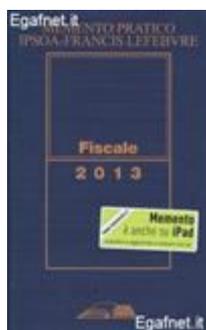
AUTORE: DI GREGORIO

EDITORE:UTET

L'opera analizza tutta la disciplina in tema di appalto, esaminando sia i profili privatistici (i soggetti e l'oggetto del contratto d'appalto, il subappalto e l'esecuzione dell'appalto con relative responsabilità), sia quelli di diritto pubblico, legati in specie ai sistemi di aggiudicazione e realizzazioni degli appalti di opere pubbliche.

In particolare, il volume è aggiornato alla **l. 4.4.2012, n. 35** e alla **l. 28.6.2012, n. 92** in materia di responsabilità solidale di committente, appaltatore e subappaltatore in relazione alle retribuzioni, al trattamento di fine rapporto, ai contributi previdenziali e premi assicurativi dovuti ai lavoratori in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, alla **l. 24.3.2012, n. 27** in tema di procedura di project financing, alla **l. 24.3.2012, n. 24** in materia di l'emissione di obbligazioni nominative o al portatore da parte delle società di progetto e, infine, alla **l. 26.4.2012, n. 44** e alla **l. 7.8.2012, n. 134** entrambe in tema di corresponsabilità dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori.

Il volume, frutto dell'esperienza professionale e didattica dell'Autore, fornisce una lettura teorico-pratica della normativa contenuta nel codice, senza trascurare l'analisi di quella speciale e della casistica più significativa.



EDITORE: IPSOA / MEMENTO

L'intera materia tributaria viene trattata in maniera sistematica e completa - legislazione, prassi amministrativa, giurisprudenza e dottrina - con un taglio prettamente operativo e pratico che consente di avere con immediatezza le risposte alle domande specifiche sulle diverse imposte e tasse.

Il Memento illustra tutte le principali disposizioni fiscali introdotte dai numerosi provvedimenti emanati nel 2012 (Legge di stabilità, Decreto Sviluppo bis, ecc). Le modifiche hanno riguardato molteplici settori della fiscalità nazionale e internazionale, si va dall'IVA alle imposte dirette (IRPEF e IRES), dai tributi immobiliari alle imposte patrimoniali, dall'accertamento alla riscossione e al contenzioso tributario ecc.

Principali novità introdotte Memento:

- Fattura elettronica e altre modifiche alle modalità di fatturazione e alla registrazione
- IMU, IVIE e altre imposte patrimoniali
- Nuova IVA per cassa
- Detrazioni per figli a carico
- Disciplina dei premi di produttività
- Tares
- Nuovo redditometro
- Interventi di recupero su immobili residenziali e di risparmio energetico: detrazioni più convenienti
- Modifiche alla disciplina del leasing e alla deduzione dei costi dei mezzi di trasporto
- Nuova disciplina delle cessioni e locazioni di fabbricati
- Reclamo e mediazione
- Beni in godimento ai soci e adempimenti conseguenti
- Nuovi criteri di deducibilità delle perdite su crediti
- Responsabilità solidale nei contratti di subappalto
- Ampliati i casi di applicazione del reverse charge
- Contratti di subappalto: modifiche alla responsabilità solidale
- Novità in materia di accertamento sintetico
- Remissione in bonis in caso di omissioni di comunicazioni
- Chiarimenti sulla determinazione della base imponibile IRAP.



AUTORE: MONTEMARANO

EDITORE: IL SOLE24ORE

Il presente Volume comprende tutte le formule del lavoro, da quelle derivanti dalla gestione del rapporto di lavoro subordinato a quelle che riguardano il lavoro autonomo e parasubordinato, i rapporti e le controversie con gli enti di previdenza e assicurativi, il processo del lavoro, previdenziale e tributario, l'autocertificazione e la sicurezza sul lavoro. Ogni capitolo è preceduto da una introduzione diretta a evidenziare le caratteristiche principali dei vari istituti e per ogni formula vengono sintetizzate le più importanti informazioni attinenti all'atto: a cosa e a chi serve, quando va compilato, i termini per l'utilizzo e la conservazione, le sanzioni, l'individuazione dei destinatari, i requisiti formali, i riferimenti normativi e l'indicazione delle altre formule collegate. Il Formulario contiene anche un Dvd-Rom che consente di personalizzare e utilizzare direttamente lo formula nel proprio sistema di videoscrittura e inoltre costituisce una ricca banca dati, con il testo integrale di tutti i riferimenti normativi e giurisprudenziali contenuti nelle formule cartacee.



AUTORE: FRENI

EDITORE: DIKE

La seconda edizione di questo volume (completamente riveduta ed aggiornata alla luce delle recenti pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione e del Consiglio di Stato) offre ai lettori, oltre ad un vasto retroterra culturale e ad una indagine a 360 gradi dell'istituto nelle sue numerose problematiche e valenze, anche **tutte le coordinate operative necessarie per affrontare le problematiche più controverse emerse in esito alle recenti riforme** che hanno interessato il ricorso straordinario e, più in generale, il processo amministrativo. Una particolare attenzione è stata dedicata al **tema dell'ammissibilità del giudizio di ottemperanza per l'esecuzione dei decreti presidenziali** che definiscono il ricorso ed alla natura del ricorso straordinario: temi, questi ultimi, su cui si è sviluppato un vivace dibattito in dottrina ed in giurisprudenza. Nell'ultima parte del volume è stata, inoltre, inserita una **ricca appendice giurisprudenziale**, pensata per soddisfare le esigenze non solo degli studiosi della disciplina, ma anche dei **professionisti che in questo volume troveranno un indispensabile supporto per la soluzione di tutte le questioni pratiche.**



AUTORE: SPUNTARELLI

EDITORE: DIKE

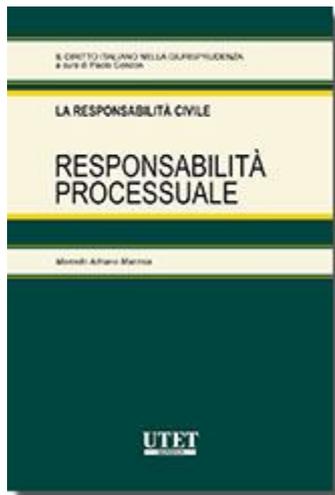
L'espressa introduzione normativa del **principio della parità delle parti** sollecita la verifica della sua effettiva capacità di conformare gli istituti del processo amministrativo. Ragioni di ordine storico e ideologico, legate ad alcune interpretazioni dei caratteri tradizionali del diritto amministrativo sostanziale, prima che processuale, condizionano la determinazione dei rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nella delimitazione della materia del contendere e nella individuazione degli strumenti probatori per la ricostruzione del fatto storico nel processo. Una prospettiva di definitivo superamento del retaggio di immunità storicamente riconosciute all'amministrazione apre la **riflessione sul ruolo del giudice amministrativo** e sulla sua funzione di *ius dicere*.



AUTORE: REGGI

EDITORE: SOLE 24 ORE

Il presente Commentario aggiornato con tutte le numerose novità normative intervenute nel corso del 2012, contenute nelle Manovre economiche, nella legge di stabilità e nei regolamenti comunitari, si ripropone come affidabile strumento di riferimento e di consultazione per professionisti e imprenditori. Il commento, articolo per articolo, della legge IVA si snoda attraverso stralci di circolari ministeriali e di risoluzioni, massime giurisprudenziali e annotazioni a piè di pagina offrendo un quadro esaustivo della complessa materia. Gli indici (cronologico e analitico-alfabetico) posti alla fine del volume permettono, più che il sommario iniziale, una ricerca immediata degli argomenti che si vogliono approfondire.



AUTORE: MAZZOLA

EDITORE: UTET

L'Opera approfondisce la **disciplina della responsabilità processuale**. In particolare il volume analizza le questioni inerenti alla responsabilità civile per abuso del processo, per irragionevole durata del processo, per errore giudiziario e per ingiusta detenzione, specificando nell'ultima parte le singole responsabilità civili dei soggetti del processo.

Il volume è aggiornato al **d.l. 22 giugno 2012, n. 83**, c.d. Decreto Sviluppo, convertito dalla **l. 7 agosto 2012, n. 134** che ha apportato una riduzione del quantum dell'indennizzo ex lege Pinto, alla **l. 17 febbraio 2012, n. 9**, Conversione in legge del **d.l. 22 dicembre 2011, n. 211**, c.d. svuota carceri in tema di Ingiusta detenzione, al **d.l. 24 gennaio 2012, n. 1**, c.d. Decreto liberalizzazioni, convertito con **l. 24 marzo 2012, n. 27** in tema di prestazione professionale dell'avvocato e al **d.m. 20 luglio 2012, n. 140**, che introduce il regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni.

Inoltre l'Opera è aggiornata alla **Corte Cost., sent. 24 ottobre-6 dicembre 2012, n. 272**, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione e alla **Corte cost., ord. 21-31 maggio 2012, n. 138**, in tema di responsabilità aggravata a carico di entrambe le parti processuali

Sia per la materia trattata, sia per la modalità particolare con cui vengono affrontate le questioni, l'Opera si presenta anche come uno strumento di grandissima utilità per la pratica quotidiana.





A TUTTI I LETTORI DI NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO
LA LIBRERIA GUIDONI,
IN ASSOCIAZIONE CON LA CASA EDITRICE LA TRIBUNA,
RISERVA IN OMAGGIO
UN'AGENDA LEGALE CON CD IUS & LEX.
PER INFO,
CONTATTARE LA LIBRERIA GUIDONI.



2013 - **Nuove frontiere del diritto**

Sito mensile gratuito telematico di diritto

Codice ISSN 2240-726X

Nuove frontiere del diritto non è un giornale registrato. Si intende, invece, come un sito che pubblica da gennaio 2013 contenuti i cui responsabili, in sede civile, penale ed amministrativa, sono il nuovo proprietario del dominio web e l'attuale gestione. Le singole posizioni (proprietario e gestori) sono precisate nel 'Chi siamo' del sito.

