



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE – ANNO 1 - NUMERO 4 - MARZO 2020

L'Editoriale: Il potere di ordinanza nell'era del coronavirus.

Approfondimenti

- **Amministrativo:** Il partenariato pubblico privato con particolare riferimento alla finanza di progetto: questioni applicative e attuali.
- **Civile:** Usura e interessi moratori
- **Focus civile:** Bullismo: quando il bullizzato reagisce in maniera violenta.
- **Penale:** L'aberratio causae ed il dolo colpito a mezza via dall'errore

Schede di Giurisprudenza

- **Civile:** La prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c. nell'attività di produzione e commercializzazione di farmaci
- **Penale:** Sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e la sua estensione ai correi

Temi Svolti: L'area della Responsabilità civile si occupa delle conseguenze civilistiche del fatto illecito.

Pillole di Diritto



Sommar

SOMMARIO	2
Editoriale.....	7
Il potere di ordinanza nell'era del coronavirus.	8
1. Lo stato di necessità quale fonte del diritto emergenziale.....	8
2. La tutela della salute pubblica.	9
3. L'insegnamento del giudice delle leggi sui limiti del potere di ordinanza.....	11
4. Lo ius positum in era coronavirus.	12
5. Sulla legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.....	14
6. Profili problematici in ordine alla (asserita) competenza "ulteriore" delle Regioni.	15
7. L'insegnamento della Corte Costituzionale (che, in parte qua, appare il caso di riportare nella sua interezza, in quanto) reso in situazione assimilabile.....	16
8. Considerazioni finali.....	17
APPROFONDIMENTI.....	21
Amministrativo.....	22
Il partenariato pubblico privato con particolare riferimento alla finanza di progetto: questioni applicative e attuali.	22
1. Il partenariato pubblico privato	22
2. La finanza di progetto.....	25
3. La procedura di gara.....	27
4. La società di progetto.....	30
Civile.....	34
Usura e interessi moratori.....	34
Focus: cyberbullismo	44
1. Bullismo: quando il bullizzato reagisce in maniera violenta.	44
Commento alla Sentenza 22541/2019 della Corte di Cassazione Terza Sezione Civile.....	44
Penale	47
L'aberratio causae ed il dolo colpito a mezza via dall'errore.....	47
1. Considerazioni introduttive.	47
2. L'errore inabilità.....	47
3. L'errore sul decorso causale e le ipotesi di dolo colpito a mezza via dall'errore.....	49
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	50
Civile.....	51
La prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c. nell'attività di produzione e commercializzazione di farmaci.....	51
Cassazione civile, sezione III, sentenza n. 6587 del 7 marzo 2019.....	51



Fatto	51
Normativa.....	52
Inquadramento	53
Soluzione	55
Penale	56
Sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e la sua estensione ai correi.....	56
Cassazione penale, Sezioni Unite, Sentenza n.8545 del 3 marzo 2020	56
Fatto	56
Normativa.....	57
Inquadramento	58
Soluzione	62
Temi svolti.....	64
Civile.....	65
L'area della Responsabilità civile si occupa delle conseguenze civilistiche del fatto illecito.....	65
PILLOLE DI DIRITTO.....	71
Amministrativo	72
La pillola di diritto del 21 marzo 2020	72
#attoanticomunitario #invalidità #concessionidemaniali.....	72
T.A.R. Sardegna, sez. II, Sentenza n. 77 del 05 febbraio 2020.....	72
Civile	74
La pillola di diritto dell'11 marzo 2020	74
#pactumfiduciae #forma #sezioniunite #2932cc.....	74
Cassazione civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020	74
L'inquadramento del fenomeno fiduciario.....	74
Il problema della forma del pactum fiduciae	75
Le due tesi.....	75
La scelta delle Sezioni Unite	76
L'analogia con il mandato senza rappresentanza.....	76
Le differenze con il contratto preliminare.....	77
La libertà delle forme del <i>pactum fiduciae</i> e il valore della dichiarazione unilaterale di impegno a ritrasferire il bene.....	77
L'applicabilità dell'art. 2932 c.c.....	78
I principi di diritto	78
Penale.....	79
La pillola di diritto del 19 marzo 2020	79
#infortuniosullavoro #formazione dellavoratore #colpa #omissione #informazione sicurezza	79



Cassazione penale, sez. I, Sentenza n. 9049 del 6 marzo 2020..... 79



Anno 1, n. 4, marzo 2020

Calamus Iuris La Rivista è la rivista dell'Associazione Culturale Calamus iuris, La penna del diritto: una rivista di divulgazione e informazione giuridica, con approfondimenti mirati di diritto, di giurisprudenza e di tecniche di scrittura.

Redazione

Luisa Sarro
Anna Vecchione
Michele Vitiello

Comitato scientifico

Luca Cestaro – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania* – Presidente del Comitato
Flavio Pagano – *scrittore e giornalista*
Gaetano Carlizzi – *Magistrato militare, Giudice del Tribunale Militare di Napoli, abilitato (ASN) quale professore di prima fascia in filosofia del diritto*
Giuseppe Della Pietra – *Professore Ordinario di procedura civile, Università degli studi di Napoli Paethenope*
Gianluca Di Vita – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania*
Adolfo Scalfati – *Professore di prima fascia di procedura penale, Università degli studi di Roma Tor Vergata*
Gianluca Gentile – *Professore di seconda fascia in diritto penale, Università degli studi Suor Orsola Benincasa di Napoli*
Linda Catagna – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere*
Giuliana Trotta – *Magistrato ordinario, Giudice del Tribunale di Lagonegro*
Danilo Carozzo – *Magistrato in tirocinio*
Pio Cerase – *Magistrato in tirocinio*
Carlo Gabutti – *Magistrato in tirocinio*
Chiara Martello – *Magistrato in tirocinio*

indirizzo redazione

Via Santa Lucia 15, Napoli
T. +39 – 3479966161
pennadeldiritto@gmail.com





Editoriale



Il potere di ordinanza nell'era del coronavirus.

di Arcangelo Monaciliuni

1. *Lo stato di necessità quale fonte del diritto emergenziale.*

“**Videant consules ne quid detrimenti res publica capiat**” (Vigilino i consoli affinché alcun danno subisca la repubblica) era la formula sacrale mediante la quale il Senato di Roma, attraverso un “*senatus consultum ultimum*”, a fronte di situazioni di emergenza e/o di gravi pericoli per lo Stato conferiva ad un “*dictator*” poteri pressochè assoluti.

Venendo ad epoche più recenti, in era fascista la l. 31 gennaio 1926, n. 100 attribuì al Governo ed ai Prefetti, emanazioni locali del potere centrale, un potere amplissimo di adozione di “ordinanze di necessità” nei campi più svariati, ivi compreso quello di dichiarare lo “stato di pericolo pubblico” e “lo stato di guerra” interno nei casi di emergenza, con la conseguenza del passaggio della giurisdizione ai Tribunali militari (art. 214 e ss.). L'esempio più classico di struttura normativa attributiva, in era fascista, del potere di ordinanza resta quello fornito dall'art. 2 del r. d. 18 giugno 1931, n. 773, recante il Testo unico delle leggi di pubblica

sicurezza: “*Il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica*”.

Né l'avvento dell'era repubblicana ha potuto cancellare con un colpo di spugna il “diritto della necessità”, inteso non come fonte naturale di tutto il diritto, di causa generale della sua nascita e del suo dispiegarsi, ma come fonte straordinaria cui va fatto ricorso in casi straordinari di “necessità ed urgenza” che non possono essere gestiti attraverso l'ordinario armamentario di strumenti giuridici.

E né si è potuto disconoscere che nel suo ambito esiste un tipo di necessità ancor più pressante, un *tertium genus* che “*rompe gli argini ed obbliga a seguire nuove norme di diritto in contrasto anche con quelle maggiormente resistenti, come quelle che sono al vertice della scala delle durezze*” (così Barile, Manuale di Istituzioni di diritto pubblico, Cedam, 1991). Rottura degli argini idonea a porsi (proporsi) come fonte diretta e legittima di produzione normativa libera nella causa e nei contenuti. Per vero, la Costituzione non si occupa delle “necessità” che impongano la sospensione dell'efficacia delle stesse norme costituzionali, ovvero di quelle emergenze

che per l'appunto "rompono gli argini" e possono dover imporre una deroga alle libertà garantite dagli artt. 13 e ss. Cost.

In disparte il caso di guerra (art. 78 Cost. "*Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari*") la Carta non reca altre disposizioni che si occupino espressamente di emergenze interne di forza dirompente tale da rompere gli argini, ancorchè, notazione di non poco rilievo, la limitazione e/o la sospensione dei diritti di libertà in presenza delle stesse avessero costituito oggetto di apposita norma che tuttavia in sede costituente non venne approvata.

In detto quadro vi è da compiere una prima verifica in ordine alla compatibilità con la Carta delle norme previgenti alla Costituzione che affidavano alla competenza della funzione amministrativa (Ministro dell'Interno e/o ai Prefetti) la sospensione dei diritti di libertà.

Precisato che l'art. 2 del Testo unico di pubblica sicurezza, sopra riportato, è oggi da intendersi integrato dal necessitato rispetto dei "principi dell'ordinamento giuridico", imposto, in sede di scrutinio della norma, da Corte Costituzionale n. 26 del 1961, per brevità, in relazione alla drammatica vicenda dell'epidemia (pandemia) in corso,

l'attenzione va focalizzata sulle previsioni dettate in tema di tutela della salute pubblica.

2. *La tutela della salute pubblica.*

E dunque -in disparte i singoli, specifici, poteri di ordinanza "speciale, ma a contenuti vincolati, attribuiti ai Sindaci dagli artt. 217 e 258 del T.U. delle leggi sanitarie (il r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, tuttora vigente), da ritenersi oggi compresi nella più ampia previsione dell'art. 50 del d.l.vo n. 267 del 2000 recante il Testo Unico sugli Enti locali, di cui nel dettaglio in avanti- occorre occuparsi del più generico art. 261 del medesimo T.U. che affida al Ministro dell'Interno, "*quando si sviluppi ... una malattia infettiva a carattere epidemico*", il potere di emanare "*ordinanze speciali per la visita e disinfezione delle case, per l'organizzazione di servizi e soccorsi medici e per le misure cautelari da adottare contro la diffusione della malattia stessa*".

Nulla quaestio se della norma si dà una lettura riduttiva, nel senso di configurarla come previsione rientrante nell'ambito sanitario, sicchè anche le "misure cautelari" adottabili, pur *extra ordinem*, han da restare confinate in detto ambito (il che conduce ad un automatico subentro nella competenza del Ministro della Salute); molte *quaestiones* invece, a mio avviso, se di essa volesse darsi un significato più ampio, atto a sussumerla

come possibile fonte legale di un generale potere normativo di ordinanza, a contenuto libero, idoneo ad incidere sui diritti di libertà di cui all'art. 13 e ss. Cost.

Ma procediamo con ordine.

In primo luogo, nessun dubbio sul dato che se i diritti di libertà sono comprimibili, ciò accade viepiù ove lo stato di necessità abbia ad imporsi a tutela della salute pubblica, tutelata dalla Carta sia *“come fondamentale diritto dell'individuo”* che quale *“interesse della collettività”*. Principio questo, della doppia tutela, o meglio della tutela dell'individuo ricompreso nel più generale interesse della collettività, già scolpito nell'art. 2 Cost. che, nel riconoscere i *“diritti inviolabili dell'uomo”*, nel contempo *“richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”*.

E del resto, da più parti si è osservato che la tutela della salute si porrebbe su di uno scranno più alto rispetto al resto dei diritti, perché senza di essa (senza la popolazione in vita) non vi sarebbe spazio concreto per l'esercizio dei restanti diritti fondamentali. In un recentissimo articolo, pubblicato il 15 marzo scorso dal quotidiano *“La Repubblica”*, Gustavo Zagrebelsky ha sostenuto che le misure *extra ordinem* finora assunte (dallo Stato) *“paiono a favore della più*

democratica delle libertà: libertà dalla malattia e dalla morte”.

Di tutela della salute, in epoca repubblicana, si occupa la legge n. 833 del 23 dicembre 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale che, al suo art. 32, comma 1, con effetti forse abrogativi della disciplina di cui all'art. 261 del T.U. delle leggi sanitarie, innanzi commentato, attribuisce al Ministro della sanità (oggi della Salute), il potere di *“emettere ordinanze di carattere contingibile ed urgente, in materia di igiene e sanità pubblica o di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o parte di esso comprendente più Regioni”* ed il cui terzo comma, trattando delle emergenze sanitarie in ambito locali, prevede che *“Nelle medesime materie sono emesse dal Presidente della giunta regionale e dal Sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale”*.

E' questa la prima delle molte sovrapposizioni normative. Ed invero, il quinto comma dell'art. 50 del ripetuto T.U. sugli enti locali così recita: *“In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale*



rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza ivi compresa la costituzione di centri e organismi di referenza o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali".

E la medesima sovrapposizione viene ad aversi in riferimento alle previsioni contenute nell'art. 117 del d.l.vo n. 112/1998, recante il "Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali", che reitera i contenuti delle norme fin qui richiamate (poteri di ordinanza speciali e competenze diffuse).

3. L'insegnamento del giudice delle leggi sui limiti del potere di ordinanza.

Prima di passare ad indagare il perimetro delle competenze, ovvero il cuore delle *quaestiones* che in questi giorni agita il panorama istituzionale/politico, è il caso di ricordare che il giudice delle leggi -

nell'assicurare copertura costituzionale ad una potestà di ordinanza dei Sindaci quali ufficiali del Governo ex art. 54 T.U.E.L. (non più, mediante la soppressione della parola "anche", generalizzata, ma) limitata all'adozione di "provvedimenti contingibili ed urgenti" da assumersi "con atto motivato, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana"- ha avuto modo, per quanto qui più riguarda, di osservare che: "... *La Costituzione italiana, ispirata ai principi fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta, se non in base alla legge (art. 23).*

La riserva di legge appena richiamata ha indubbiamente carattere relativo, nel senso che lascia all'autorità amministrativa consistenti margini di regolazione delle fattispecie in tutti gli ambiti non coperti dalle riserve di legge assolute, poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione. Il carattere relativo della riserva de qua non relega tuttavia la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una



precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, costante sin dalle sue prime pronunce, l'espressione «*in base alla legge*», contenuta nell'art. 23 Cost., si deve interpretare “*in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale*”; questo principio “*implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione*” (sentenza n. 4 del 1957). Lo stesso orientamento è stato ribadito in tempi recenti, quando la Corte ha affermato che, per rispettare la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost., è quanto meno necessario che “*la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione*” (sentenza n. 190 del 2007).

È necessario ancora precisare che la formula utilizzata dall'art. 23 Cost. “*unifica nella previsione i due tipi di prestazioni imposte*” e “*conserva a ciascuna di esse la sua autonomia*”, estendendosi naturalmente agli “*obblighi coattivi di fare*” (sentenza n. 290 del 1987). Si deve aggiungere che l'imposizione coattiva di

obblighi di non fare rientra ugualmente nel concetto di “prestazione”, in quanto, imponendo l'omissione di un comportamento altrimenti riconducibile alla sfera del legalmente lecito, è anch'essa restrittiva della libertà dei cittadini, suscettibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare” (così la pronuncia n. 115 del 2011”).

Orbene, dalle riportate conclusioni del giudice delle legge in presenza di riserva relativa (“in base alla legge”), pacifico si trae che i medesimi limiti hanno vieppiù a valere in presenza di diritti fondamentali coperti da riserva assoluta (“in forza di legge”).

4. *Lo ius positum in era coronavirus.*

In tale cornice, procedendo ora schematicamente senza oltre indagare il profluvio della legislazione ordinaria in tema delle (più svariate) emergenze, nell'evento che oggi ne occupa si sono succedute:

- ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, comma 1, lett. c) del d.l.vo n. 1 del 2018 (Codice della Protezione civile), la dichiarazione, proclamata con la delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, “*dello stato di*

emergenza” di rilievo nazionale (lettera c);

- ex artt. 24 e 25 stesso decreto, una serie di ordinanze di Protezione civile, abilitate a derogare “*ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza*” e “*acquisita l’intesa delle Regioni e Province autonome territorialmente interessate*”;
- una serie di decreti legge a partire da quello più rilevante, ai fini della presente trattazione, ovvero del decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19), convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020 n. 13;
- una serie di d.P.C.M. attuativi, autorizzati dalle previsioni del decreto legge n. 6/2020 cennato.
- ordinanze di più Regioni (Campania, Veneto, Friuli Venezia Giulia, Emilia Romagna, Lombardia, Calabria, Sicilia) queste a loro volta -asseritamente- autorizzate, fra le altre fonti richiamate, dal medesimo decreto-legge.

E’ bene a questo punto dar testuale conto delle previsioni del d.l. n. 6/2020.

- l’art. 1 dispone che “*allo scopo di evitare il diffondersi del COVID 19 nei Comuni o nella aree nelle quali risulta positiva almeno una persona (.. omissis...) le Autorità competenti, con le modalità*

previste dall’art. 3, commi 1 e 2, sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all’evolversi della situazione epidemiologica” (comma 1) e, di seguito, elenca, senza ritenerle esaustive, le misure che “*possono essere adottate*” tutte incidenti sull’esercizio di diritti e libertà costituzionali (comma 2);

- l’art. 2 autorizza “*le Autorità competenti, con le modalità previste dall’art. 3, commi 1 e 2, ad adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell’emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell’epidemia da Covid 19 anche al di fuori dei casi di cui all’art. 1, comma 1*”;

- l’art. 3, comma 1, prevede che “*Le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi e maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell’interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell’economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i Presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazionale*”;

- l’art. 3, comma 2 prevede poi che “*nelle more dell’adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri di cui al comma 1, nei casi di estrema*

necessità ed urgenza le misure di cui agli artt. 1 e 2 possono essere adottate ai sensi dell'art. 32 della l. 23 dicembre 1978, n. 833, dell'art. 117 del d. lgs. 31 marzo 1998 n. 112 e dell'art. 50 del T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267".

- l'art. 3, comma 3, fa salvi, ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, "*gli effetti delle ordinanze contingibili e urgenti già adottate dal Ministro della salute*" (prima dell'entrata in vigore del decreto stesso e che avevano già previsto limitazioni alla libertà personale, alla libertà di circolazione e soggiorno, al diritto di riservatezza);

- infine sempre l'art. 3, commi 4 e 5, richiamando, salvo che il fatto non costituisca reato più grave, l'art. 650 c.p. per le ipotesi di violazione delle misure di contenimento, affida ai Prefetti l'esecuzione delle misure stesse, autorizzando all'uso l'utilizzo "*delle Forze di polizia e, ove occorra, delle Forze armate*".

5. Sulla legittimità dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Or dunque, quanto ai dd.P.C.M., ancorché abbiano via via accresciuta l'estensione qualitativa e quantitativa delle misure fissate analiticamente dall'art. 1, comma 2, lettere da a) ad o), ovvero dalla norma di rango primario, fonte del potere, può

riconoscersene la riconducibilità all'ambito fissato dal Parlamento, sia pur in via sopravveniente, in sede di conversione in legge, ovvero sia pur in difetto, a monte, di quel *senatus consultum ultimum* che i nostri antichi padri imponevano in via previa.

Certo, meglio sarebbe (stato) se alcune delle misure emanate con i dd.P.C.M., in particolare quelle di cui non era dato rinvenire "coperture puntuali" nelle misure indicate nel d.l., avessero invece seguito la più corretta strada della decretazione di urgenza prevista dall'art. 77 Cost., sì da non sottrarre l'esercizio della potestà *extra ordinem* al vaglio del Presidente della Repubblica, del Parlamento e della Corte Costituzionale e sì da evitare che misure ulteriori rispetto a quelle puntuali coperte dalla decretazione di urgenza e incidenti su diritti fondamentali venissero adottate a mezzo di un atto che resta "amministrativo" e, in quanto tale, sottoposto alla giurisdizione (annullamento e/o disapplicazione: G.A. e G.O. per quanto di spettanza di ciascuno). Vaglio della giurisdizione che, pur assicurando un controllo generalizzato e diffuso sui singoli provvedimenti attuativi delle misure disposte dalla legge (dal decreto-legge convertito), si atteggia ben diversamente dalla esplicazione delle potestà del Parlamento e del Capo dello

Stato, con quanti corollari vi son legati.

6. Profili problematici in ordine alla (asserita) competenza “ulteriore” delle Regioni.

Ma tant'è. Ora è d'uopo occuparsi del più rilevante profilo della sussistenza o meno della competenza delle Regioni, quale, si intende, in concreto esercitata.

Or dunque, va in primo luogo sgombrato il campo da una possibile loro *rivindicatio potestatis* sulla scorta delle previsioni di cui agli ultimi commi degli artt. 24 e 25 del Testo unico del 2018

che autorizzano le regioni “*nei limiti della propria potestà legislativa*” a definire provvedimenti propri. Ed invero, tale autorizzazione è espressamente limitata alle evenienze “di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b)” del T.U., ovvero ove non si tratti di “*emergenze di rilievo nazionale*”, tale formalmente dichiarata dal Governo, come qui avvenuto.

Del resto, se così avesse avuto ad essere per un verso tale fonte del potere, ove rivendicato, avrebbe avuto a dover essere testualmente ostesa nei provvedimenti regionali (e così non è stato, per lo meno non nelle ordinanze ultime rinvenute sul web della regione Campania, n. 15 del 13 marzo 2020, della regione Calabria, n. 15 del marzo

2020, della regione Sicilia, n. 6 del 19 marzo 2020, della regione Lombardia, n. 514 del 21 marzo 2020) e, per concorrente verso, la decretazione di urgenza di cui al d.l. n. 6/2020 non avrebbe avuto necessità, né avrebbe potuto, circoscrivere l'esercizio della potestà regionale *extra ordinem* (“Nelle more....”. art. 3, comma 2).

Quanto all'art. 2 del d.l., frutto evidente di una purtroppo diffusa mancanza di coordinamento nei testi normativi, pur a volersi concedere quanto più spazio possibile alla potestà regionale di emanazione di “ulteriori” misure, appare decisamente da escludersi la possibilità di intendere la stessa come potestà di dettare misure in contrasto con quelle disciplinate nel dettaglio dal comma 2 dell'art. 1 e/o dai successivi dd.P.C.M., o ancora di poter costituire idonea base legale per sanzioni, incidenti sui diritti fondamentali, “ulteriori”.

In definitiva, una volta proclamato lo stato di emergenza nazionale, la potestà di esercizio dei poteri *extra ordinem*, vieppiù se, come qui accade, incisivi dei diritti fondamentali sottoposti a riserva di legge assoluta, non appare poter risiedere in capo alle singole Regioni. Lo impone il dettato costituzionale e la normazione primaria e lo impone, oltre che una piana interpretazione sistematica



dello *ius positum*, la *ratio* che vi è sottesa. Se l'emergenza è nazionale la sede propria, unica, dell'alto comando per "sconfiggere il nemico" non può che essere quella nazionale. E valga ancora il pensiero di Zagrebelsky: **"Sono le ragioni di sanità, sicurezza e incolumità a determinare la competenza. Se sono nazionali, come incontrovertibilmente in questo caso, le misure spettano allo Stato"** (articolo sopra citato).

7. L'insegnamento della Corte Costituzionale (che, in parte qua, appare il caso di riportare nella sua interezza, in quanto) reso in situazione assimilabile.

A tale conclusione conducono anche recenti *dicta* del giudice delle leggi che -nel dichiarare, con sentenza n. 5 del 2018, non fondate le questioni di legittimità costituzionale delle norme statali in materia di prevenzioni vaccinali sollevate dalla Regione Veneto- per quanto più può afferire alla vicenda ora qui in commento ha sostenuto che: "La normativa in esame interseca indubbiamente una pluralità di materie, alcune delle quali anche di competenza regionale, come la tutela della salute e l'istruzione; nondimeno, debbono ritenersi chiaramente prevalenti i profili ascrivibili alle competenze legislative dello Stato (come evidenziato anche dal

parere pronunciato, su richiesta del Presidente della Regione Veneto, dal Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 20 settembre 2017, affare n. 1614/2017 – n. 265/2017, spedito in data 26 settembre 2017). Vengono in rilievo specificamente le potestà legislative dello Stato relative a: principi fondamentali in materia di tutela della salute, livelli essenziali di assistenza, profilassi internazionale e norme generali sull'istruzione.

Questa Corte ha già chiarito che il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002) deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese, attraverso una legislazione generale dello Stato basata sugli indirizzi condivisi dalla comunità scientifica nazionale e internazionale. Tale principio vale non solo (come ritenuto nelle sentenze appena citate) per le scelte dirette a limitare o a vietare determinate terapie o trattamenti sanitari, ma anche per l'imposizione di altri. Se è vero che il «confine tra le terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i

principi fondamentali della materia» (sentenza n. 169 del 2017), a maggior ragione, e anche per ragioni di eguaglianza, deve essere riservato allo Stato – ai sensi dell’art. 117, terzo comma, Cost. – il compito di qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario, sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili.

Nella specie, poi, la profilassi per la prevenzione della diffusione delle malattie infettive richiede necessariamente l’adozione di misure omogenee su tutto il territorio nazionale. Secondo i documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali, l’obiettivo da perseguire in questi ambiti è la cosiddetta “*immunità di gregge*”, la quale richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo.

Pertanto, in questo ambito, ragioni logiche, prima che giuridiche, rendono necessario un intervento del legislatore statale e le Regioni sono vincolate a rispettare ogni previsione contenuta nella normativa statale, incluse quelle che, sebbene a contenuto specifico e dettagliato, per la finalità perseguita si

pongono in rapporto di coesistenzialità e necessaria integrazione con i principi di settore (sentenze n. 192 del 2017, n. 301 del 2013, n. 79 del 2012 e n. 108 del 2010). Ciò è vero in particolare nel caso odierno, in cui il legislatore, alla luce della situazione già descritta, ha ritenuto di impiegare l’incisivo strumento dell’obbligo, con il necessario corredo di norme strumentali e sanzionatorie, le quali a propria volta concorrono in maniera sostanziale a conformare l’obbligo stesso e a calibrare il bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti. In senso analogo, la giurisprudenza costituzionale ha qualificato come coesenziali ai principi fondamentali della materia disposizioni pur specifiche che prevedono sanzioni amministrative e regolano il procedimento volto ad irrogarle e, ancor prima, ad accertare le trasgressioni (ad esempio, nelle sentenze n. 63 del 2006 e n. 361 del 2003)”.

8. *Considerazioni finali.*

Il monito della Corte è inequivoco e vieppiù cogente in presenza della “*imposizione di trattamenti sanitari*” e dei relativi corollari incidenti sui ripetuti diritti fondamentali in dichiarato stato di “*emergenza nazionale*” (non regionale) e, quindi, in presenza di una

situazione normativa che il rispetto delle misure *extra ordinem* emanate per contrastare la pandemia ha affidato ai Prefetti ed alle Forze Armate, ovvero al potere centrale.

Il che, il rispetto in primis del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., non significa affatto che non si possa/debba tener conto delle diversità dei vari fronti di battaglia, ma, come sottolineato dal giudice delle leggi, significa solo assicurare omogeneità di comportamenti ed i necessari raccordi. Andare in guerra in ordine sparso non può che sancire la sicura sconfitta sul fronte esterno (la lotta al virus) ed il caos nelle linee interne (nel Paese).

Ben consapevole di tale necessità, le norme oggi poste non hanno escluso dal quadro di comando le Regioni. Si è innanzi dato conto delle previsioni puntuali all'uopo inserite nella normativa primaria, coerenti con le norme costituzionali e con l'obbligo di "*leale collaborazione*" che, per pacifica giurisprudenza costituzionale, deve caratterizzare i rapporti Stato/Regioni.

Il dato che una Regione venga a trovarsi in situazione diversa dalle altre e necessiti quindi di misure più incisive è scontato (il "*si rendono necessarie ed urgenti misure specifiche più restrittive per il territorio regionale lombardo*", di cui alla parte motiva dell'ordinanza n. 514/2020,

è scontato); ma non è scontato che tale condizione possa autorizzare le singole regioni a marciare in ordine sparso, incidendo, con distinti *motu proprio*, privi di idonea base legale (tale, a mio parere, si intende, non atteggiandosi i generici richiami all'art. 32 d.l.vo n. 833 del 1978, all'art. 50 del T.U. n. 267 del 2000 ed al d.l. n. 6 del 2020), sui diritti fondamentali dei cittadini: della propria regione, ma non solo. E, infine, quanto al piano concreto, non può esser fatta utile leva sul suggestivo argomento che misure più incisive rafforzano la lotta al nemico e tutelano meglio la popolazione locale. Ferme le notazioni in diritto fin qui spiegate, agevole è la replica che di tali misure, ove necessarie, ben può/deve farsi carico, su richiesta delle singole regioni e con tutta l'immediatezza dovuta, lo Stato centrale, armonizzandole con quelle emanate o in fieri. Insomma, il principio di eguaglianza -e quello di solidarietà che pur può, per certi versi, venire anch'esso in rilievo- non impone che la pandemia sia affrontata con una normativa unica, ma che unico sia il soggetto che le differenti situazioni, ove necessario, decida in maniera diversificata, ma omogenea.

E tanto, vieppiù considerando il ruolo essenziale dei tecnici, quali necessitati

ispiratori delle decisioni via via adottate, posto che i dati scientifici rilevano sotto il profilo della possibilità di valutare la proporzionalità e la ragionevolezza delle misure adottate rispetto agli scopi perseguiti. Il che, e direi proprio in ragione della non univocità dei pareri, non può che essere accentrato ad evitarsi il caos; si pensi solo all'accavallarsi di contrarie prescrizioni da parte dello Stato e della regione Campania in tema di “passeggio” o di accesso alle tabaccherie, ovvero da parte dello Stato e della regione Lombardia in diversi dei 27 divieti disposti nella sola sede regionale con le refluenze concrete già avutesi: denunce ed impugnative. E, a tal riguardo, si mediti sulla discrezionalità affidata agli operatori di polizia nel dover ricondurre, a fronte di generiche prescrizioni (i “motivi di necessità” che possono giustificare l'abbandono delle abitazioni e/o dei Comuni), determinate condotte a fattispecie incriminatrici.

Infine, per concludere sul punto, va osservato che, se così non fosse, dovrebbe ammettersi che non solo le Regioni, ma anche i Sindaci, siano muniti dei medesimi poteri *extra ordinem*.

Non si sobbalzi troppo frettolosamente.

L'art. 118 Cost. attribuisce ai Comuni “le

funzioni amministrative, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza”.

La legislazione ordinaria (art. 50 d.l.vo n. 267 del 2000 e art. 117 d.l.vo n. 112 del 1998) affida ai sindaci la potestà di emanazione di ordinanze contingibili ed urgenti, a meno che le dimensioni dell'emergenza non richiedano l'intervento dei livelli superiori: Regioni se l'emergenza è confinata nell'ambito regionale o Stato ove interessi “più ambiti regionali”.

Lo stesso art. 32 della l. n. 833 del 1978 differenzia la potestà di emanare ordinanze contingibili ed urgenti a seconda dell'ambito statale, regionale o comunale dell'emergenza. L'art. 2 del d.l. n. 6 del 2020, sopra riportato, non individua “le Autorità competenti” all'emanazione di ulteriori misure; il che, ove non si ritenesse che la dichiarazione di emergenza nazionale abbia accentrato il potere in capo allo Stato, avrebbe a dover giustificare misure specifiche *extra ordinem* varate dai singoli sindaci a tutela della specificità del territorio comunale.

Tanto osservato, per concludere non resta che la finale, ma pregnante, considerazione che, ove mai, in via di mera ipotesi, avessero

a potersi ritenere sussistenti potestà diverse da quella statale, appare ben difficile potersi ritenere, come già innanzi ho avuto modo di osservare, che le stesse possano dilatarsi fino a sanzionare con “ulteriori” norme repressive (ad ammettersi che i richiami all’art. 650 c.p. contenuti nelle ordinanze regionali vogliano essere puri rinvii alla previsione codicistica), incidenti sempre ed ancora sulle libertà primarie del cittadino, i casi di inosservanza agli “ulteriori” divieti posti.

Bene, se la guerra in atto deve farci concludere che “*a la guerre comme a la guerre*” e che, quindi, non si può parlare, come da taluni costituzionalisti fatto, di “*eclissi delle libertà costituzionali*” e che può anche farsi luogo ad una “*militarizzazione*” del Paese, per difenderne la vita stessa per il periodo necessario per conseguire il risultato, occorre, io credo, far tesoro della saggezza degli antichi Padri e, riannodando le fila, ammettere che per vincere la guerra, il “*dictator*” ha da essere uno, ovvero che poteri diffusi -il cui esercizio peraltro disorienta e contribuisce ad alimentare quel panico, fino

ad oggi non del tutto considerato nella sua deleteria pregnanza- non sono compatibili con la realtà data: in fatto ed in diritto.

Io credo, in definitiva, che uno stato di emergenza, di eccezione, di guerra, lungi dal liberarci dalla corazza del diritto, vieppiù ci astringa a restare ben avviluppati in essa, sì da poter fronteggiare al meglio le spinte centrifughe, gli istinti che inevitabilmente han vita in tali periodi, ovvero sì da (tentar di) dare ad esse(i)risposta, di dar risposta all’*homo homini lupus* o al *bellum omnium contra omnes*.

Il che a dire che non sono d’accordo con quanti ritengono che allorquando sia minacciata la vita, che sostanzia la premessa di ogni libertà, “*l’età dei diritti*” (N. Bobbio) e “*il diritto di avere diritti*” (S. Rodotà) debbano cessare di aver vita.

Se pur è vero che in condizioni emergenziali poco interessano la libertà di circolazione o la riserva di legge come condizione irrinunciabile per la limitazione delle libertà costituzionali, vero è anche che, in difetto dello *ius*, delle regole, sarà l’ora dei lupi, degli sciacalli.



Approfondimenti

Amministrativo

Il partenariato pubblico privato con particolare riferimento alla finanza di progetto: questioni applicative e attuali.

di Fabio Russo

1. Il partenariato pubblico privato

L'individuazione di sistemi di realizzazione delle opere pubbliche diversi rispetto al tradizionale contratto di appalto ha rappresentato, specie nel corso dell'ultimo decennio, un tema oggetto di grande attenzione, sia a livello nazionale sia, in misura forse anche maggiore, a livello comunitario.

È sempre più avvertita e condivisa, infatti, la necessità di individuare modelli contrattuali alternativi rispetto al classico appalto pubblico, in grado di assicurare un maggiore coinvolgimento del partner privato nelle fasi di finanziamento, progettazione e gestione dell'opera pubblica, anche mediante il trasferimento al medesimo di alcuni rischi contrattuali normalmente assunti dalla pubblica amministrazione.

A livello comunitario, il crescente interesse verso queste nuove figure negoziali è testimoniato dalle numerose comunicazioni

interpretative dedicate al fenomeno del cosiddetto partenariato pubblico-privato.

Il legislatore nazionale, a sua volta, non è rimasto indifferente rispetto a queste esigenze emergenti, come dimostrano i frequenti interventi normativi succedutisi nel corso di quest'ultimi anni, che hanno via via introdotto figure negoziali alternative al contratto di appalto.

L'espressa previsione nel codice dei contratti pubblici dei "*contratti di partenariato pubblico privato*", segna il punto di arrivo di questa evoluzione e finisce, secondo alcuni, per superare il tradizionale principio di tipicità ed esclusività delle forme contrattuali.

Le ragioni di questo crescente interesse per le forme negoziali alternative all'appalto e, in particolare, per quelle inquadrabili nello schema del c.d. partenariato pubblico-privato sono riconducibili a più fattori.

In primo luogo, la crisi economica e finanziaria e le conseguenti restrizioni di finanza pubblica rendono oggi particolarmente appetibili per gli stati quegli strumenti contrattuali in grado di spostare, in tutto o in parte, il peso del finanziamento dell'opera pubblica sul settore privato.

La partecipazione del privato, inoltre, con le

sue specifiche competenze tecniche, alle fasi di progettazione, finanziamento, esecuzione e gestione dell'opera, viene considerata come un elemento in grado di accrescere l'efficienza e la qualità del servizio pubblico e della relativa infrastruttura e di diminuire anche il costo complessivo dell'intervento.

Esso, infatti, consente al settore pubblico di beneficiare del know-how e dei metodi di funzionamento del settore privato.

La diffusione di forme negoziali in grado di assicurare un maggiore coinvolgimento del settore privato è, infine, coerente con il nuovo ruolo dello stato che, alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 comma 4 cost.), ha dismesso i panni interventisti, per assumere quelli del regolatore, dell'organizzatore e del controllore dei mercati, attirando così le energie dei privati, ormai liberi di investire anche in progetti di rilevanza pubblica.

Ciò posto, il partenariato pubblico privato (c.d. PPP) è un fenomeno in costante espansione nella prassi, preordinato come visto alla realizzazione di un'opera pubblica o di un servizio pubblico senza addossarne la totalità dei costi in capo alla P.A.

Mentre, infatti, nell'appalto si assiste alla realizzazione di un'opera o di un servizio dietro il pagamento di un compenso da parte

della P.A., nel PPP la maggior parte dei costi dell'opera o del servizio è posta a carico di un operatore privato, il quale trova la propria remunerazione negli introiti che gli deriveranno dalla gestione, appunto, dell'opera o del servizio.

Si tratta, in particolare, di un istituto destinato a trovare attuazione mediante una pluralità di meccanismi negoziali, quali l'istituzione di una società mista (integrante una forma di partenariato pubblico-privato c.d. istituzionalizzato) nella quale confluiscono il capitale pubblico e quello privato, o il *project financing*.

Non a caso, parte della dottrina ha intravisto nella tipizzazione del Partenariato il superamento del principio di tipicità degli strumenti di realizzazione delle opere pubbliche, in favore del ricorso ad una gamma di strumenti negoziali atipici che vengono ad affiancarsi al tradizionale contratto di appalto, al fine di pervenire ad una più razionale allocazione dei costi.

Si è tradizionalmente annoverata tra le forme di PPP anche la concessione che ha, nella sistematica del codice appalti, un rilievo primario oltre a una disciplina specifica e analitica.

Ad ogni modo, il *proprium* del PPP risiede nell'affidamento della gestione dell'opera

all'operatore privato aggiudicatario, il quale ne assume il rischio secondo le modalità definite dal contratto.

Più specificamente, nel PPP, il privato si assume, oltre al rischio c.d. di costruzione, presente anche nel contratto di appalto, anche il rischio di domanda e quello di disponibilità.

Quanto al primo, legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il partner privato deve soddisfare, esso fa riferimento all'ipotesi in cui si è in presenza di un'opera calda, cioè, un'opera suscettibile di essere utilizzata proprio al fine di offrire servizi e prestazione ai privati.

Più nel dettaglio, l'opera calda è un'opera provvista di un'intrinseca capacità di generare reddito mediante i ricavi provenienti dall'utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione. In tal caso, l'intera remunerazione dell'affare perviene all'operatore per effetto della gestione dell'opera.

Diversamente, invece, nel contratto di appalto, l'appaltatore non assume su di sé il rischio di domanda, ma si limita alla sola costruzione dell'opera.

Il rischio di disponibilità - legato alla

performance dei servizi che il partner privato deve rendere o alla capacità dell'opera di soddisfare le esigenze dell'amministrazione o dell'utenza - è, per solito, riferito alle opere cc.dd. fredde e tiepide, le quali anch'esse possono essere oggetto di partenariato pubblico-privato.

Si qualificano come opere tiepide quelle che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono tuttavia ricavi di utenza, in misura tale da ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo così necessario un contributo pubblico.

Le opere fredde, invece, sono quelle per le quali il privato che le realizza e le gestisce fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione e trae la propria remunerazione dai pagamenti effettuati dalla stessa.

Tali opere possono essere oggetto di PPP solo a condizione che al privato venga trasferito il c.d. rischio di disponibilità; l'esborso effettuato dall'amministrazione deve essere, in tal senso, subordinato all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario. Ciò richiede un costante ed efficace controllo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice sulla corretta attuazione del contratto e sulla

gestione del servizio.

Il PPP, inoltre, può richiedere anche una partecipazione di capitale pubblico, che, in base ad ai parametri comunitari, non può essere superiore al 49 per cento.

L'ordinamento nazionale, con il nuovo codice dei contratti pubblici, in un primo momento aveva previsto un tetto pari al 30 per cento. Questo tetto, però, venne criticato da alcuni poiché si temeva potesse essere un elemento di rigidità, tale da ostacolare l'utilizzo dello strumento. Ciò ha fatto sì che, dopo il primo correttivo, è stato portato al 49 per cento, cioè è stato sfruttato il tetto massimo comunitariamente consentito.

Inoltre, pur potendo non comportare alcun onere economico a carico delle finanze pubbliche, il partenariato pubblico privato costituisce senz'altro un'opportunità di guadagno per gli operatori privati. Ne consegue la loro soggezione al principio di concorrenza, con conseguente obbligo di procedere ad affidamento mediante procedura di evidenza pubblica, opportunamente enunciato dall'art. 181 comma 1 d.lgs. n. 50/2016 (il quale fa espresso riferimento al dialogo competitivo).

2. La finanza di progetto

Tra le forme di partenariato pubblico

privato, la finanza di progetto (c.d. *project financing*) ha un particolare rilievo sistematico.

Essa costituisce una forma innovativa di realizzazione e gestione di opere o servizi di pubblica utilità, fondata sull'utilizzo di risorse alternative a quelle di matrice pubblica e sull'affidamento a soggetti privati sia della parte iniziale della progettazione, sia di quella più operativa della gestione.

Il tratto che contraddistingue l'istituto è nel fatto che i capitali privati investiti sono ricompensati dai proventi che conseguono alla sua gestione all'interno di un certo arco temporale.

Si tratta di un istituto di matrice anglosassone, frutto di una complessa operazione negoziale plurilaterale, in base alla quale un soggetto privato (c.d. promotore) propone alla P.A. la realizzazione di un'opera di pubblico interesse o di pubblica utilità, accollandosi il relativo onere economico.

Quindi, al pari di ciò che si verifica nella concessione di costruzione e gestione, la P.A. consegue il fine pubblico senza oneri finanziari.

A differenza, però, di quanto avviene per la concessione, non è la P.A. a predisporre il progetto preliminare e a stabilire in modo autonomo gli elementi da indicare nel bando

di gara per l'aggiudicazione.

Nella proposta di *project financing*, infatti, tanto il progetto preliminare quanto il piano economico sono predisposti dal promotore in piena autonomia, ed è il promotore ad indicare all'amministrazione destinataria gli elementi relativi alla concessione.

Il vantaggio che trae il privato dall'operazione sta nel fatto che, dopo aver realizzato l'opera a proprio carico, ottiene dalla P.A. il diritto di gestirla. Si tratta, quindi, di una concessione di costruzione e gestione, con iniziativa presa dal promotore.

Più nel dettaglio, la finanza di progetto è una particolare forma di concessione (concessione con promotore), che si differenzia significativamente dalle ipotesi di concessioni "*tradizionali*" per il fondamentale ruolo giocato dal privato nella fase progettuale dell'opera – cui, infatti, compete l'iniziativa – per la possibilità di costituire una società di progetto durante la fase di gestione, che subentra all'aggiudicatario, nonché per l'autonomia finanziaria del progetto.

Ciò spiega il fatto che deve riferirsi ad un'opera che presenti una redditività futura sicura, nessun privato correndo altrimenti il rischio di andare in perdita.

Il *project financing* è disciplinato dagli artt. 183

ss. del Codice dei contratti. La nuova disciplina dettata dal d.lgs. n. 50/2016 si presenta più snella rispetto alle previsioni del Codice del 2006, pur ricalcandone sostanzialmente la disciplina, in ragione della eliminazione delle "procedure speciali" previste dai commi 15-18 del previgente art. 153.

Un'operazione di finanza di progetto, data la sua complessità economica, giuridica, tecnica e finanziaria, implica il coinvolgimento di numerosi soggetti.

Oltre alla figura del promotore, una simile operazione ha come protagonista principale la P.A., quale attore decisionale della vicenda, essendo questa a decidere e a dover valutare se avviare l'operazione di finanza in alternativa all'affidamento ordinario della concessione.

La P.A. definisce anche un ordine di priorità tra le varie opere e il loro costo complessivo, preoccupandosi di rintracciare anche la relativa copertura finanziaria.

In aggiunta, è sempre la medesima amministrazione che valuta le proposte di progetto presentate dai privati, non formalmente introdotte negli strumenti di programmazione.

Il finanziatore è l'altro soggetto cardine nello strumento in questione. Si tratta della figura

che assolve il compito di fornire il capitale alla società mediante la sottoscrizione di aumenti di capitale o con l'assunzione dei debiti della stessa, in cambio dei proventi scaturenti dal flusso di cassa. Esso molto spesso coincide con il promotore, ma è consentito sottoscrivere il capitale di rischio anche ad altri soggetti.

Gli investitori sono, invece, coloro che forniscono risorse finanziarie alla società, sottoscrivendo delle quote di capitale di debito, in cambio del rimborso degli interessi. Si distinguono, inoltre, dall'aggiudicatore delle concessioni realizzate attraverso la finanza di progetto, i realizzatori ed i gestori dell'opera. I primi sono coloro che provvedono alla realizzazione e all'esecuzione dell'opera oggetto del project con cui verrà poi organizzata l'attività economica di gestione. I gestori, infine, che spesso coincidono con i costruttori e non raramente con la società di progetto stessa, sono coloro incaricati di curare l'esercizio dell'opera ed il suo sfruttamento economico, nonché talvolta la sua manutenzione.

Sul piano oggettivo, si deve porre in evidenza come la finanza di progetto sia applicata sia ai casi di realizzazione e gestione di opere pubbliche e di pubblica utilità, sia ai servizi di pubblica utilità.

Ad ogni modo, lo strumento può riguardare, in alternativa alle concessioni, ogni forma di contratto di partenariato pubblico e privato, come ora espressamente indicato dal comma 16 dell'art. 183.

3. La procedura di gara

Il codice prevede due modelli di *project financing*: ad iniziativa pubblica e ad iniziativa privata.

Ai commi 1-14 dell'art. 183 del nuovo Codice è disciplinato il modello di *project financing* ad iniziativa pubblica, con gara unica previo bando e senza prelazione (c.d. sistema del promotore monofase).

Più nel dettaglio, il procedimento unitario prevede la previa pubblicazione di un bando di gara nel quale la stazione appaltante indice una procedura ad evidenza pubblica per la concessione di determinate opere.

Le amministrazioni sono tenute alla pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che prevedano l'uso di risorse (totalmente o parzialmente) a carico dei soggetti proponenti.

La finanza di progetto presuppone al comma 1 che l'opera da realizzare abbia ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, sulla

base della normativa vigente.

Con riferimento al criterio di selezione poi, l'art. 183 comma 4 d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In questa ipotesi, viene prescelto il promotore che presenta il miglior progetto preliminare. Peraltro, la stipulazione del contratto con il promotore prescelto è sospensivamente condizionata alla conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione dello stesso progetto.

Invero, il progetto preliminare in questione ben potrebbe necessitare di modifiche, e in tal caso il promotore è tenuto ad apportarle in conformità alle indicazioni della stazione appaltante, avendo in caso contrario l'amministrazione facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore, alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

Se l'affidamento della concessione avviene in favore di soggetto diverso dal promotore originariamente prescelto, questi non ha

diritto di prelazione, ma solo diritto al rimborso delle spese entro un importo massimo fissato.

Si ha, dunque, in questa prima ipotesi di *project financing*, una gara per l'affidamento di una concessione, dunque, una gara unica, ancorché articolata in più fasi (scelta del promotore, negoziazione con il promotore delle modifiche al progetto preliminare, negoziazione con i successivi concorrenti in graduatoria se la prima negoziazione non va a buon fine).

Ai commi 15 e 16 dell'art. 183 del Codice è, invece, disciplinato il modello di *project financing* ad iniziativa totalmente privata.

In tal caso, il privato ha il compito di identificare a monte le esigenze della pubblica amministrazione, attraverso un progetto che potrà essere recepito negli strumenti di programmazione da parte di quest'ultima che deve valutarne la fattibilità perentoriamente entro tre mesi e, di conseguenza, essere oggetto di una gara per l'affidamento della concessione.

L'omessa valutazione del progetto entro il predetto termine, secondo la giurisprudenza, si traduce in un comportamento omissivo dell'amministrazione aggiudicatrice qualificabile come silenzio-inadempimento e avverso il quale il proponente può

promuovere l'azione ai sensi dell'art. 31 c.p.a. Tale proposta deve contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da istituti di credito o società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso, o ancora società di revisione, ed infine la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. La proposta formulata dal soggetto proponente, se viene valutata positivamente dall'amministrazione aggiudicatrice, che ha la facoltà di invitare il soggetto proponente ad apportare le modifiche necessarie ai fini dell'approvazione, viene inserita negli strumenti di programmazione e, quindi, posta a base di gara ad evidenza pubblica ai fini dell'aggiudicazione alla quale viene invitato il proponente.

Nel bando l'amministrazione può formulare la richiesta circa la presentazione di eventuali varianti al progetto ai soggetti concorrenti (compreso il proponente). Se il soggetto proponente non risulta aggiudicatario ad esito della procedura, è abilitato ad esercitare il diritto di prelazione, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e diviene egli stesso aggiudicatario obbligandosi alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se però il proponente decide di non avvalersi della

prelazione, allora vanta il diritto al pagamento, da corrispondere a spese dell'aggiudicatario, consistente nell'importo delle spese finalizzate alla predisposizione della proposta presentata all'amministrazione secondo i limiti di cui al comma 9.

La procedura c.d. a doppia gara, indetta per iniziativa totalmente privata, seppur complessa, cerca di salvaguardare la tutela del principio di concorrenza e finanza pubblica. In chiusura, va detto che la recente riforma del settore dei contratti pubblici operata dal D.L. "sblocca cantieri" n. 32/2019 ha inteso allargare il novero dei soggetti ammessi all'utilizzo della finanza di progetto su iniziativa privata (limitata, dal comma 15, agli operatori economici), abilitandoli a presentare proposte per la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità che non siano presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice.

La novella estende agli investitori istituzionali e agli istituti nazionali di promozione la possibilità di presentare proposte per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, non presenti negli strumenti di programmazione approvati

dall'amministrazione aggiudicatrice, tramite le modalità della finanza di progetto.

La ratio sottesa al nuovo comma 17 bis è quella di favorire la presentazione di proposte di partenariato, nelle forme previste dal comma 15, da parte delle società di gestione del risparmio che abbiano istituito fondi comuni d'investimento immobiliare e da parte degli istituti nazionali di promozione.

La novella si iscrive, dunque, nel generale favor per le forme di partenariato pubblico e privato, riconoscendo la possibilità di utilizzo della finanza di progetto anche a soggetti che non sono qualificabili come operatori economici ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. P) e dell'art. 45 del codice.

4. La società di progetto

Nella fase esecutiva, la peculiarità della finanza di progetto, così come prevede l'art. 184 comma 1 del Codice, che riproduce testualmente l'art. 156 della disciplina previgente, consiste nella facoltà da parte del soggetto aggiudicatario di costituire un centro autonomo d'imputazione formale dei rapporti giuridici: la c.d. società di progetto (in forma di Spa, S.r.l. o società consortile) distinta dal soggetto aggiudicatario della concessione e sottratta in parte ad alcune discipline del regime societario ordinario, in

virtù della sua collocazione all'interno dell'architettura generale della finanza di progetto, che subentra nei rapporti giuridici a titolo originario, senza necessità di autorizzazione, non costituendo il subentro cessione di contratto.

Tuttavia, essa resta un soggetto distinto dal promotore, con la conseguenza che, in caso di fallimento del progetto, non potrà in alcun modo rivalersi sui beni del proponente. Inoltre, in caso di fallimento di quest'ultimo, la società continuerà normalmente la sua attività.

Il bando deve considerarsi integrato ex lege nel caso non sia stata prevista nella documentazione la facoltà di subentro. Contrariamente, l'effetto sarebbe la nullità del bando per mancanza di un elemento essenziale.

L'unico spazio di discrezionalità lasciato all'Amministrazione è nel prevedere il capitale minimo per la costituzione della società e, nell'ipotesi di concorrente costituito da più soggetti, dell'indicazione della quota di partecipazione di ciascuno.

La società di progetto svolge una funzione di coordinamento delle attività tra i soggetti coinvolti nell'operazione, al fine di ridurre i rischi connessi all'oggetto del progetto e per ottimizzare i flussi di cassa.

Tali fini sono garantiti dalla società di progetto tramite la realizzazione del c.d. ring fence, ovvero sia l'isolamento economico e finanziario dei flussi di cassa imputabili alla società, che limita il coinvolgimento dei capitali appartenenti ai soggetti privati, i quali rispondono dei rischi finanziari, di gestione e di mercato in proporzione al capitale investito.

Oltre agli elementi dell'autonomia patrimoniale e del subentro a titolo originario, la caratteristica della società di progetto è il trasferimento del rischio.

Tuttavia, affinché si possa rientrare nel contratto di partenariato, il rischio dell'intervento o del fallimento dell'operazione deve pur sempre, anche in minima parte, restare in capo al soggetto privato. Diversamente non si potrebbe configurare un'operazione in *project financing*, considerato che questa rientra tra le fattispecie contrattuali di PPP elencate dall'art. 180 del Codice.

Secondo la disciplina prevista dal comma 2, la società di progetto, in base a quanto disposto dalla legge o dai regolamenti, può essere obbligata ad affidare il lavoro o il servizio oggetto a terzi.

Tale obbligo, in materia di appalti, è stato sostituito da una mera facoltà che ha la

stazione concedente di poter affidare la gestione a terzi, per una percentuale minima del 30 per cento.

In riferimento alla concessione mediante progetto, occorre individuare la quota di affidamento che la stazione appaltante ha stabilito nel contratto, poiché in tali casi i terzi potranno eseguire le prestazioni solo nei limiti stabiliti.

Ad ogni modo, non rientrano tra i terzi coloro che, in base alla scelta della società di progetto, o per vincoli fissati dal committente, sono stati esclusi. Fra i soggetti terzi non rientrano quelli considerati quali amministrazioni aggiudicatrici e che non hanno i requisiti qualificanti gli organismi di diritto pubblico.

Il comma tre, invece, regola la posizione della società di progetto a seguito della subconcessione.

In particolare, il legislatore ha chiarito i dubbi rispetto alla titolarità del rapporto oggetto di concessione o alla sua esecuzione: la società, infatti, subentra a tutti gli effetti al concessionario, in tutti i suoi diritti e obblighi. Dunque, il contratto subisce una novazione dal punto di vista soggettivo.

Il subentro totale permette di risolvere anche la problematica della liberazione del precedente aggiudicatario da ogni

responsabilità.

Sembra, infatti, pacifico che non sia applicabile quanto contenuto negli articoli 1406 del c.c. e seguenti. La volontà del legislatore, infatti, è stata quella di sostituire totalmente il precedente concessionario, attuando una forma di cessione con effetti liberatori a vantaggio dei finanziatori e a svantaggio dell'amministrazione concedente. Il finanziamento della società di progetto viene disciplinato dall'art. 185 d.lgs. n. 50/2016, il quale riporta in maniera pressoché uguale quanto previsto dalla normativa previgente.

L'articolo disciplina le modalità attraverso cui la società di progetto può finanziarsi prevedendo la possibilità di emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga a quanto disposto dagli artt. 2412 e 2483 c.c., previa autorizzazione degli organi di controllo.

Il collocamento obbligazionario permette alla società di progetto di ottenere una immediata disponibilità di risorse, oltre a quelle fornite dall'intervento degli intermediari finanziari.

Nello specifico, i project bond, costituenti le obbligazioni ed i titoli di debito emessi dalla società di progetto, quali strumenti di natura privatistica volti ad alimentare i flussi

necessari per la realizzazione di infrastrutture e a garantire la copertura dei rischi, vanno a coprire il periodo di tempo nel quale il progetto non ha ancora iniziato a generare flussi di cassa.

L'investitore che acquista i bonds diviene finanziatore dell'infrastruttura, ma la gestione dei rapporti con l'azionista delle società di progetto, è affidata ad un controlling creditor.

Le garanzie reali e personali, così come le cessioni di credito a scopo di garanzia che assistono le obbligazioni e i titoli di debito, possono essere costituite a favore dei sottoscrittori o di un loro rappresentante legittimato ad esercitare in nome e per conto loro i diritti sostanziali e processuali.

Al fine di incentivare gli investimenti, inoltre, l'art. 186 del Codice ha previsto che i crediti dei finanziatori siano assistiti da privilegio generale.

La disciplina positiva prevede altresì che i crediti dei soggetti finanziatori godano di privilegio generale sui beni mobili del concessionario e su quelli appartenenti alle società di progetto che, per effetto del subentro, diventano aggiudicatarie a titolo originario. Il privilegio vale anche per i corrispettivi dovuti dai terzi acquirenti dei suddetti beni.



L'art. 186 comma 2 indica che il privilegio debba avere una forma scritta *ad substantiam*.

Nell'atto devono essere indicati i finanziatori originari, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento, nonché gli elementi che definiscono il finanziamento.

Secondo quanto disposto dal comma 3, è possibile l'opponibilità del privilegio ai terzi subordinata alla trascrizione nel registro di cui all'art. 1524 c.c. dell'atto in cui è contenuto.

Novità di rilievo è data dal fatto che della costituzione del privilegio si debba dare avviso mediante pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Si ritiene, tuttavia, che tale formalità legale di pubblicità vada integrata con altra come quella sul sito del committente lavori.

Civile

Usura e interessi moratori

di Ludovica Esposito

Il tormentato dibattito sui rapporti tra la normativa antiusura e gli interessi moratori trae origine da un'ambiguità del sistema normativo risultante dall'intreccio tra le disposizioni in tema di costi connessi all'erogazione del credito e l'ampia portata delle norme fondamentali in materia di usura, quali sono gli artt. 644 cp, 1815, comma 2 cc, L. 108/96 e successivo d.l. (n. 394/2000) di interpretazione autentica della legge citata.

Partendo dall'analisi della prima categoria di norme, deve evidenziarsi anzitutto che, in conformità alla normativa eurounitaria¹ e degli ordinamenti nazionali di altri Stati membri², l'art 120quinquies, comma 2, del Testo Unico bancario (introdotto con d.lgs. n. 72/2016), prevede espressamente che sono esclusi dal costo totale del credito "le eventuali penali pagabili dal consumatore per

l'inadempimento degli obblighi stabiliti nel contratto".

Come noto, esiste un'identità di fondo tra il patto concernente il saggio di interessi di mora e la clausola penale.

Al pari di quest'ultima, infatti gli interessi moratori sono funzionali, con specifico riguardo, però, alle obbligazioni pecuniarie, a reintegrare il creditore del danno subito per il ritardo nel pagamento, danno presunto *iuris et de iure* per il sol fatto di essere il danaro un bene produttivo.

Ed infatti, ai sensi dell'art 1224, comma 1, cc nelle obbligazioni di dare una somma di danaro sono dovuti, *ex lege*, dal giorno della mora gli interessi legali anche se fino a quel momento non erano dovuti interessi e a prescindere dalla prova del danno da parte del creditore.

La medesima funzione riparatoria è concordemente ravvisata nella clausola penale, che, pur essendo genericamente riferita a tutte le tipologie di obbligazioni (di

¹Cfr. Art. 19, comma 2, Direttiva 2008/ 48 CE, 23 aprile 2008: "Al fine di calcolare il tasso annuo effettivo globale, si determina il costo totale del credito al consumatore, ad eccezione di eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito [...]"

²Cfr ad esempio, il comma 1, n. 2, dell'art. R.314-5 del code de la consommation secondo cui "Ne sont pas compris dans le taux annuel effectif global (...) les frais à la charge de l'emprunteur en cas de non-respect de l'une de ses obligations prévues dans le contrat de crédit"

dare, fare e non fare), ha il medesimo scopo di predeterminare anticipatamente e forfettariamente il danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'inadempimento dell'obbligazione, sollevando il creditore dall'onere di provare il pregiudizio subito (cfr. art. 1382, comma 2, cc).

Tuttavia mentre per le obbligazioni diverse da quelle pecuniarie, in mancanza di pattuizione di un'apposita penale, il creditore dovrà dimostrare in giudizio il quantum del danno subito in conseguenza del ritardo ed il nesso causale, per le obbligazioni di dare una somma di danaro opera l'art. 1224 cc, secondo cui in ogni caso spettano al creditore pur in assenza di pattuizione gli interessi di mora (rispettivamente al tasso legale ovvero a quello diverso previsto dalle parti per gli interessi corrispettivi).

Qualora, viceversa un accordo sul saggio moratorio sia intervenuto, a mente dell'art 1224, comma 2, al creditore non spetta il maggior danno derivante dal ritardo/inadempimento, oltre quello preventivamente liquidato concordemente, secondo una disciplina analoga a quella prevista dall'art. 1382, comma 1, cc.

La *eadem ratio* riparatoria del danno da inadempimento sottesa tanto agli interessi di

mora quanto alla clausola penale spiega l'equiparazione dei due istituti sovente effettuata dal legislatore e dalle autorità di regolazione, in ordine all'esclusione di tali obbligazioni in materia di costi connessi al credito.

Così, ad esempio è costante la presa di posizione del Ministero dell'Economia e delle Finanze e della Banca d'Italia, nell'espletamento delle rispettive funzioni, quanto all'esclusione delle penali, degli interessi di mora e dei costi connessi all'inadempimento, dalla base per il computo dei tassi d'interesse effettivi medi globali, non trattandosi di costi propriamente riconducibili al credito nella sua fase fisiologica ma, piuttosto, di oneri eventuali derivanti da un ipotetico sviluppo patologico del rapporto obbligatorio.

Nella nota di chiarimenti sull'applicazione della legge antiusura, emessa dalla Banca d'Italia nel luglio 2013 è chiaramente esplicitata la ratio sottesa all'esclusione dei costi conseguenti all'inadempimento dal calcolo dei tassi d'interesse medi globali riferiti alle singole tipologie di finanziamento. In particolare, secondo l'Autorità, l'inclusione delle operazioni con andamento anomalo tra gli addendi del TEGM comporterebbe un innalzamento dello stesso

a tutto svantaggio della clientela.

Infatti, come dichiarato già nel lontano marzo 2003 dal MEF, la stima complessiva emergente dalle rilevazioni periodiche effettuate in materia di tassi d'interesse medi effettivi, mostra che gli interessi corrispettivi siano più bassi di quelli moratori di 2,1 punti percentuali.

In ragione di tali valutazioni di ordine sostanziale, oltre che per le rilevate esigenze di equità con la disciplina della clausola penale³, nelle Disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia (sez. VII, 4.2.4.) sono espressamente esclusi dal calcolo del tasso annuale effettivo globale (TAEG)

“le eventuali penali che il consumatore sia tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti nel contratto di credito, compresi gli interessi di mora”.

La normativa primaria e secondaria tratteggiata in ordine alle voci da (non) ricomprendere nel catalogo dei costi del credito, ispirata anche dagli orientamenti comunitari⁴, non sembra essere stata dal legislatore adeguatamente coordinata all'attigua disciplina in tema di usura.

Come noto, la fattispecie *dequa* ha come

norma fondamentale di riferimento, l'art 644 cp, che è legge penale in bianco i cui elementi costitutivi devono essere individuati mediante la L. 108/96, cui al 3° comma la disposizione incriminatrice rinvia.

L'usurarietà dei vantaggi o interessi percepiti come “corrispettivo di una prestazione di danaro o di altra utilità” è un concetto normativo, atteso che il suo contenuto deve essere perimetrato in base ai criteri stabiliti dall'art. 2, comma 4, L. 108/96, che a loro volta si fondano sui TEGM trimestralmente rilevati dai decreti ministeriali, sentita la Banca d'Italia.

In sintesi, l'interesse è considerato usurario quando supera il tasso soglia ottenuto aumentando della metà il saggio medio trimestrale della categoria cui il finanziamento appartiene.

Tanto premesso, l'equiparazione tra interessi moratori e clausola penale come forme di pagamenti distinti e separati rispetto agli interessi corrispettivi e non riconducibili, a differenza di questi ultimi, nelle componenti del costo del credito, non emerge in materia di antiusura.

In particolare, mentre è indiscussa l'esclusione della clausola penale

³Cfr. sul punto il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 25.3.2003

⁴v. nota 1



dall'applicazione della L. 108/96, molto più controversa, è l'applicabilità della medesima disciplina agli interessi di mora.

A ben vedere, infatti, il concetto di interesse o vantaggio economico rilevante nella normativa antiusura appare piuttosto ampio e omnicomprensivo al punto da aver portato la giurisprudenza tradizionale a ritenere che tutte le tipologie di interesse, compensativo, corrispettivo e moratorio, vi fossero ricomprese.

Così, ad esempio, il 4° comma dell'art. 644, cp prevede che il tasso di interesse usurario debba essere calcolato tenendo conto delle "commissioni e remunerazioni a qualsiasi titolo collegate all'erogazione del credito".

Analoga formula è utilizzata nel primo comma dell'art. 2, L. 108/96 e la relativa legge di interpretazione autentica (d.l. 394/2000, conv. con modificazioni nella l. 24/2001) all'art. 1, testualmente dispone che "ai fini dell'applicazione dell'art. 644 cp e 1815, comma 2, cc si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi, a qualunque titolo, indipendentemente dalla data del pagamento".

L'aspirazione omnicomprensiva delle disposizioni citate è tutt'altro che latente ed ha indotto, nel 2002 la Corte Costituzionale ad affermare, sia pure in *obiterdictum*, che nulla osta all'inclusione degli interessi moratori nell'ambito della disciplina sull'usura (sentenza n. 29/2002).

Sulla scorta di tale sentenza e dell'ambiguità letterale delle norme fondamentali citate, la giurisprudenza di legittimità ha mostrato, non senza oscillazioni, di propendere per la teoria dell'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi di mora⁵.

E' stato a tal fine argomentato che, anche sotto il profilo ontologico, non sarebbe invero riscontrabile un fondamento differente tra gli interessi moratori e quelli corrispettivi essendo pur sempre entrambi funzionali a remunerare il creditore per il mancato godimento (volontario o involontario) del capitale prestato⁶.

Sulla base di queste premesse sarebbe ingiustificato sottrarre alla normativa antiusura, in assenza di apposita previsione legislativa in tal senso, una categoria di interessi, quelli moratori, che sono comunque collegati al prestito nella misura in

⁵Cfr. da ultimo, Cass. civ., Sez. III, ord. 27442 del 30.10.2018; *ibidem*, sent. n. 17447 del 28.6.2019; *ibid.*, ord. n. 22890 del 13.9.2019 e sent. n. 26286 del 17.10.2019. Tale posizione sembra inoltre condivisa dai giudici della Prima Sezione civile della Cassazione, nell'ordinanza di

rimessione della questione alle SS.UU., del 22 ottobre 2019 su cui v. *infra*.

⁶Cfr. in tal senso l'*excursus* storico contenuto nell'ordinanza n. 27442, del 30.10.2018, della Terza Sez. civ. della Corte di Cassazione.

cui lo stesso non è stato restituito.

Diversamente opinando, si giungerebbe al paradosso di rendere più conveniente per il creditore l'inadempimento (per il quale operano interessi oltre soglia) rispetto all'adempimento (che postula il pagamento dei soli interessi corrispettivi).

L'esposta teoria dell'assoggettività degli interessi di mora alla disciplina antiusura si scontra con l'esclusione degli stessi dai costi connessi al credito ad opera della normativa e della prassi bancaria summenzionata.

Se infatti il tasso effettivo medio globale è calcolato senza tener conto degli oneri collegati all'inadempimento e l'usura è concetto delineato *per relationem* in base al TEG medio, non si vede come possa essere ricompreso nel tasso usurario un addendo che non è posto alla base del parametro legislativo di riferimento.

In altri termini, è operazione logicamente e matematicamente scorretta quella di mettere in relazione il saggio d'interessi effettivo del contratto con il tasso effettivo medio globale se il primo comprende gli interessi di mora ed il secondo no.

D'altronde, il cd. principio di simmetria che emerge dalla l. 108/96 imporrebbe che le voci non ricomprese nel TEGM debbano essere escluse anche dal calcolo

dell'usurarietà del tasso medio effettivo in concreto praticato nel contratto.

L'evidenza di una tale conclusione ha indotto la giurisprudenza ad affermare che per individuare il tasso convenzionale medio di mora occorra fare riferimento al TEGM aumentato di 2,1 punti percentuali, atteso che, come costantemente riportato dai decreti ministeriali attuativi della delega contenuta nella l. 108/96, il rapporto tra i saggi medi corrispettivi e quelli moratori sarebbe caratterizzato da un siffatto *spread* (aumento in percentuale).

Tale impostazione ha trovato nuova linfa a seguito della sentenza delle SS.UU. n. 16303/2018 sull'usurarietà della commissione di massimo scoperto, trattandosi di un onere che, al pari degli interessi di mora, è escluso dal calcolo del TEGM dalla Banca d'Italia.

Premesso che a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 2bis, d.l. 185/2008 "tutti gli interessi, commissioni e provvigioni comunque denominati" dovuti dal cliente a favore della banca per l'utilizzazione dei fondi, sono stati espressamente sottoposti alla normativa antiusura, le SSUU hanno ritenuto che l'usurarietà della CMS dovesse essere calcolata in base ad una "commissione soglia" ottenuta aumentando della metà la

“CMS media” globale prevista dai decreti ministeriali adottati in attuazione dell’art. 2, comma 1, L. 108/96.

Tuttavia, come è stato rilevato in dottrina, il richiamo alla sentenza delle SSUU sulla commissione di massimo scoperto non può considerarsi risolutivo con riferimento agli interessi di mora.

Infatti, il tasso medio convenzionale di mora viene rilevato *una tantum* dalla Banca d’Italia e riportato in termini invariati dai d.m. con valore non vincolante, il che comporta che lo stesso ben possa non rispecchiare l’effettivo andamento del mercato secondo i canoni di attualità e veridicità.

A ciò si aggiunga che non è precisato dalla Banca d’Italia su quale tipologia di finanziamenti fu rilevato il calcolo dei 2,1 punti di *spread*, mentre la commissione di massimo scoperto è ascrivibile ad una specifica forma di finanziamento (l’apertura del credito).

Sulla base di tali evidenti criticità, opportunamente, la Prima Sezione della Corte di Cassazione con ordinanza n. 26946 del 22 ottobre 2019 ha rimesso alle SSUU una duplice questione di diritto.

Da un lato si chiede al Supremo consesso di pronunciarsi espressamente in ordine all’applicabilità della normativa antiusura agli

interessi di mora anche alla luce del principio di simmetria, dall’altro e in subordine, si domanda di indicare i criteri da applicare per individuare la cd. mora usuraria, qualora le SSUU dovessero dare risposta affermativa al primo quesito.

In particolare si vuole comprendere se debba aversi riguardo al tasso soglia calcolato in base al TEGM ovvero al tasso soglia ottenuto sulla base del tasso medio degli interessi di mora calcolato dalla Banca d’Italia, nonostante la non vincolatività dello stesso e le irregolarità riscontrate nella relativa rilevazione.

Nell’ordinanza di rimessione vengono ripercorse le ragioni poste a fondamento di entrambe le teorie sul rapporto tra l’usura e gli interessi moratori, pur mostrando il Collegio di propendere a favore della tesi positiva che assoggetta gli interessi di mora alla normativa antiusura.

Ne deriverebbe, secondo i giudici della Prima Sezione, un diverso regime rimediale a seconda che l’usura sia oggettiva o soggettiva.

L’usura oggettiva, configurabile quando il tasso soglia sia superato “anche di un solo centesimo”, comporterebbe l’applicazione dell’art. 1815, comma 2, cc con conseguente nullità della relativa clausola e azzeramento



degli interessi moratori.

L'usura soggettiva consistente nella manifesta eccessività degli interessi di mora pattuiti pur se rientranti nei limiti della soglia, sarebbe sottoposta alla disciplina dell'art. 1384 cc, in tema di *reductio ad aequitatem* della clausola penale da parte del giudice, con la conseguenza che in tal caso gli interessi di mora non sarebbero azzerati ma ridotti nel quantum in ragione dell'interesse del creditore.

A ciò deve aggiungersi che, nell'ambito dei contratti con i consumatori, l'art. 33, comma 2, lett. f), dlgs. 206/2005, ricomprende tra le clausole vessatorie quelle che *"impongono al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di danaro a titolo di risarcimento clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo"*, con la conseguente nullità relativa delle stesse, secondo lo speciale statuto disciplinato nell'art. 36, del Codice del Consumo.

Sul punto mette conto evidenziare che la nullità di cui all'art 33, cit., travolge esclusivamente gli interessi moratori e non anche quelli corrispettivi (come si evince dal combinato disposto dell'art. 36, comma 1 e

art. 33, comma 2, lett. f, d.lgs 206/2005).

Viceversa la nullità prevista dall'art. 1815, comma 2, cc in tema di usura, per la sua funzione spiccatamente sanzionatoria, è tradizionalmente interpretata nel senso di travolgere tutti gli interessi a qualunque titolo dovuti con conseguente conversione *ex lege* del prestito da oneroso a gratuito.

Orbene, questa interpretazione rigida dell'art. 1815, comma 2, cc è stata criticata da una recente pronuncia della Cassazione⁷, secondo cui "pur non potendosi dubitare dell'assoggettamento degli interessi moratori alla disciplina antiusura" non può concludersi che la nullità degli stessi per superamento della soglia si estenda anche agli interessi corrispettivi convenzionali, quand'anche disciplinati nell'ambito della medesima clausola contrattuale⁸, atteso che, rispetto a questi ultimi, gli interessi moratori assolvono ad una funzione diversa ed autonoma, causalmente collegata all'inadempimento.

Ne deriva che gli ulteriori interessi pattuiti entro la soglia e a diverso titolo dovuti, conservano la propria efficacia indipendentemente dalla nullità degli interessi moratori dovendosi la formula

⁷Cassazione Civile, Sez. III, ordinanza 13 settembre 2019, n. 22890.

⁸La precisazione costituisce oggetto di apposita disamina nell'ordinanza di Cass., sez. I civ., n. 21470 del 15 settembre 2017.

dell'art. 1815, comma 2, cc interpretare nel senso che “non sono dovuti gli interessi per i quali il tasso soglia è stato superato” ferma restando la spettanza degli altri interessi a diverso titolo dovuti, qualora non usurari.

La conclusione raggiunta dalla S.C. comporta che l'usurarietà degli interessi moratori non determina la conversione del contratto da oneroso a gratuito, restando ferma la spettanza degli interessi corrispettivi.

Tale interpretazione dell'art. 1815, comma 2, cc si fonda, a ben vedere, sulla valorizzazione delle diversità teleologiche tra le due species di interessi, assunto che, come evidenziato da attenta dottrina, sembrerebbe porsi in contrasto con le premesse poste a fondamento dell'estensione della normativa antiusura agli interessi di mora quale, essenzialmente, l'omogeneità funzionale tra interessi corrispettivi e moratori entrambi finalizzati a remunerare il creditore per il mancato godimento del capitale.

La frizione tra premesse e conclusioni evidenziata, mostra tutta la difficoltà della materia che, adombrata da una normativa ambigua e contraddittoria, deve trovare un'applicazione coerente nelle aule giudiziarie che non si traduca in un'eccessiva

compressione dei diritti dei finanziatori con conseguenti esiti iperprotettivi verso i clienti. Da qui l'esigenza avvertita dalla Terza Sezione di limitare l'efficacia caducante dell'art. 1815, comma 2, cc ai soli interessi moratori.

Sotto questa prospettiva, evidentemente ispirata ad esigenze pratiche, non può non rilevarsi che, escludendo *sic et simpliciter* gli interessi di mora dall'ambito di applicazione della normativa antiusura, si raggiungerebbe il risultato sperato senza forzature del dato normativo.

Infatti, troverebbero applicazione gli artt. 1384 cc e 33, comma 2, lett. f, dlgs. 206/2005, che in nessun caso implicano il travolgimento degli interessi corrispettivi.

Ad ogni modo, il principio di diritto formulato dalla Terza Sezione nella citata pronuncia del settembre 2019, si colloca a valle di una precedente sentenza della stessa Sezione⁹ in cui, trattandosi del cumulo degli interessi moratori con quelli corrispettivi, ne fu chiarita l'ontologica diversità e non sovrapponibilità, nei seguenti termini: “*gli interessi convenzionali di mora non sfuggono alla regola generale per cui, se pattuiti ad un tasso eccedente quello stabilito dall'art. 2, comma 4, L. 7*

⁹Cassazione Civile, Sez. III, sent. 28 giugno 2019, n. 17447

marzo 1996, n.108, vanno qualificati ipso iure come usurari, ma in prospettiva del confronto con il tasso soglia antiusura **non è corretto sommare interessi corrispettivi ed interessi moratori**. Alla base di tale conclusione vi è la constatazione che i due tassi sono alternativi tra loro: se il debitore è in termini deve corrispondere gli interessi corrispettivi, quando è in ritardo qualificato dalla mora, al posto degli interessi corrispettivi deve pagare quelli moratori; di qui la conclusione che i tassi non si possano sommare, semplicemente perché si riferiscono a basi di calcolo diverse: il tasso corrispettivo si calcola sul capitale residuo, il tasso di mora si calcola sulla rata scaduta”.

Non sorprende dunque la conclusione raggiunta a tre mesi di distanza sull’art. 1815, comma 2, cc secondo cui in presenza di una mora usuraria, il finanziamento non può considerarsi gratuito.

All’esito di questa breve disamina, può affermarsi che la pronuncia delle SSUU sollecitata dalla Prima Sezione della Corte di Cassazione nell’ottobre del 2019, si palesa quanto mai opportuna dal momento che le criticità del sistema continuano a manifestarsi in frequenti contraddittorietà delle pronunce giurisprudenziali da un lato protese ad affermare il principio dell’applicabilità della normativa antiusura agli interessi di mora, dall’altro attente a

limitarne la portata sottraendoli dai principi tradizionalmente ad essa riconnessi (simmetria tra TEGM e TAEG del contratto, gratuità del finanziamento usurario).

Certamente, sulla decisione che il Supremo Consesso della nomofilachia è chiamato a pronunciare, non potranno non pesare i precedenti in tema di commissione di massimo scoperto e di usurarietà sopravvenuta, con la conseguenza che plausibilmente la Corte ribadirà l’assoggettamento degli interessi moratori alla normativa antiusura, avendosi riguardo alla misura degli stessi al momento della pattuizione e non già dell’inadempimento (teoria della potenzialità).

Verosimilmente, più complessa per la Corte sarà l’individuazione dei criteri per la determinazione della soglia usuraria, essendo la rilevazione del tasso medio convenzionale di mora da parte della Banca d’Italia, sospesa da anni (a differenza di quanto accade per il saggio medio della CMS).

D’altro canto, deve escludersi che la S.C. possa optare per l’applicazione del TEGM anche agli interessi di mora, i quali, come si è visto, sono mediamente più elevati rispetto a quelli corrispettivi con la conseguenza che facilmente il TEGM risulterà inferiore al tasso effettivo moratorio pattuito in



concreto, facendolo sistematicamente
risultare usurario.

Focus: cyberbullismo

1. Bullismo: quando il bullizzato reagisce in maniera violenta.

di Giuliano De Luca

È necessario contestualizzare i comportamenti violenti del bullizzato per non renderlo vittima una seconda volta.

Commento alla Sentenza 22541/2019 della Corte di Cassazione Terza Sezione Civile

La reazione violenta di un ragazzo bullizzato nei confronti del bullo non può essere semplicisticamente liquidata come un comportamento illecito a sé stante, ma occorre sempre valutare le situazioni di privazione e di svantaggio che costituivano il sostrato dell'atto di ribellione da parte della vittima, anche nell'ipotesi in cui, in considerazione dell'elemento temporale e spaziale, la reazione del bullizzato non sia caratterizzata dall'immediatezza. Se ai ragazzi non viene trasmesso il disvalore del bullismo, tanto nell'ambiente domestico quanto nel contesto scolastico,

è plausibile prevedere reazioni altrettanto violente da parte dei soggetti bullizzati.

Marco¹⁰, un adolescente ripetutamente bullizzato da Paolo, nel corso di un litigio verificatosi per strada, colpiva Paolo al volto con un pugno provocandogli l'avulsione di un incisivo, la lussazione di un ulteriore dente ed escoriazioni al labbro. A seguito dell'evento i genitori di Paolo citavano in giudizio Marco ed i suoi genitori, richiedendone la condanna in solido al risarcimento dei danni subito quantificati in € 18.000,00. Il Tribunale di Catanzaro con sentenza n. 2159/213 dichiarava il difetto di legittimazione passiva dei genitori di Marco, accertava il concorso di colpa del danneggiato nel verificarsi dell'evento dannoso e condannava Marco a corrispondere a Paolo la somma di € 1.765,50.

La sentenza, appellata da entrambe le parti, veniva decisa dalla Corte d'Appello di Catanzaro con la sentenza n. 1246/2017 che accoglieva l'appello

¹⁰ Sono utilizzati nomi di fantasia



principale e condannava Marco al risarcimento di € 14.286,43 a favore di Paolo, riconoscendo anche la responsabilità solidale dei genitori del giovane bullizzato.

Anche in questo caso entrambe le parti ricorrevano in Cassazione, adducendo come primo motivo che, stante le specifiche circostanze (l'episodio si era verificato lontano da casa, nelle adiacenze della scuola, in un paese diverso da quello di residenza, lontano dalla sfera di controllo dei genitori), l'evento non poteva essere evitato dai genitori. Secondo motivo di doglianza era la violazione o falsa applicazione dell'art. 1227 c.c., in quanto secondo la corte territoriale *«Marco si era determinato a tenere la condotta da cui era derivato l'evento in un momento diverso da quello in cui aveva subito l'aggressione»*, in sostanza senza tener conto dei fenomeni di bullismo che avevano preceduto la reazione.

In relazione ai due motivi di ricorso, la Suprema Corte dichiara l'infondatezza del primo motivo, evidenziando che *«la prova liberatoria richiesta ai genitori dall'art. 2048 di non aver potuto impedire il fatto illecito commesso*

dal figlio minore coincide, normalmente, con la dimostrazione, oltre che di aver impartito al minore un'educazione consona alle proprie condizioni sociali e familiari, anche di aver esercitato sul minore una vigilanza adeguata all'età e finalizzata a correggere comportamenti non corretti». Sul punto gli Ermellini chiariscono che non è ovviamente richiesta ai genitori la costante ininterrotta presenza fisica accanto al figlio, in quanto non è corretto far coincidere l'obbligo di vigilanza con quello di sorveglianza, tuttavia l'obbligo di vigilanza è strettamente correlato all'obbligo di educazione. Conseguentemente i genitori sono tenuti a vigilare che l'educazione da essi impartita sia idonea al carattere ed alle attitudini del minore.

Il secondo motivo di doglianza invece Secondo la Suprema Corte è meritevole di accoglimento, in quanto non è assolutamente sufficiente affermare in modo semplicistico, così come fatto dalla Corte d'Appello, che *«Marco non avrebbe dovuto reagire in quel modo»*, senza addentrarsi nello specifico contesto e nei precedenti rapporti tra i due adolescenti. Allo stesso modo, non è corretto



correlare la causalità di un evento violento ad una reazione “contestuale ed immediata”. Non è possibile attendersi sempre da un minore bullizzato una reazione immediata e diretta, anzi, i fatti di cronaca ci riportano sempre più spesso di comportamenti aggressivi internalizzati da parte dei soggetti bullizzati, che possono sfociare non solo in reazioni violente, ma anche in atteggiamenti di autodistruzione. Non soltanto sarebbe errato limitarsi a condannare una reazione violenta del bullizzato, ma questa impostazione potrebbe innescare ben più gravi conseguenze accentuando il senso di vittimizzazione del ragazzo oggetto di atti di bullismo. Nel caso di specie, non è stato provato che le istituzioni ed in

particolare la scuola fossero intervenute per arginare il fenomeno del bullismo subito da Marco che non è stato supportato nel percepire la censurabilità degli atteggiamenti aggressivi. Pertanto «non era legittimo attendersi una reazione razionale, controllata e non emotiva» da parte del ragazzo. In sostanza ignorare gli atti prevaricatori e vessatori subiti nel tempo da Marco, ritenendolo responsabile di un atto violento decontestualizzato, non avrebbe garantito una giustizia riparatrice efficace.

Alla luce della valutazione effettuata la Terza Sezione della Suprema Corte accogliendo il secondo motivo di doglianza ha rinviato la controversia alla Corte di secondo grado.

Penale

L'aberratio causae ed il dolo colpito a mezza via dall'errore

di Pio Cerase

1. Considerazioni introduttive.

La falsa rappresentazione della realtà normativa o naturalistica da parte del soggetto agente rileva nel diritto penale sotto diversi aspetti.

L'errore penalmente rilevante assume una diversa connotazione in base al profilo che si prenda in considerazione di volta in volta: sulla base del **momento** di incidenza dell'errore, si distingue così il c.d. errore-motivo, in cui la falsa rappresentazione della realtà si inserisce nel processo di formazione della volontà dell'autore, dal c.d. errore-inabilità, nel quale l'errore, invece, viene a manifestarsi nella fase di realizzazione di un proposito, che si è correttamente formato; sulla base dell'**oggetto** della falsa rappresentazione si distingue l'errore di diritto, che cade sulla norma giuridica (penale o extrapenale), dall'errore di fatto, che invece ha ad oggetto gli elementi fattuali della realtà extragiuridica; infine, l'errore sul precetto (art. 5 c.p.) dall'errore sul fatto (art. 47 c.p.) a seconda che la falsa rappresentazione si

ripercuota definitivamente sulla conoscenza/conoscibilità della fattispecie legale astratta (descritta nel precetto penale) ovvero sulla fattispecie concreta.

2. L'errore inabilità.

Si è detto che dall'errore in senso stretto, ossia l'errore-motivo di cui agli artt. 5 e 47 c.p., deve essere tenuto adeguatamente distinto il diverso istituto dell'errore-inabilità (c.d. *aberratio*; artt. 82 e 83 c.p.). Nell'*aberratio*, infatti, la falsa rappresentazione della realtà viene a manifestarsi nella fase di realizzazione di un reato, frutto di un proposito criminoso che si è correttamente formato.

Si è soliti distinguere tre diverse ipotesi di errore-inabilità, due delle quali espressamente disciplinate dal codice, mentre la terza di origine pretoria e dottrinale:

1) la c.d. *aberratio delicti* (art. 83 c.p.), che si ha nel caso in cui il reato ("evento") effettivamente commesso sia diverso da quello voluto dall'agente.

Il problema principale che si è posto a proposito del suddetto effetto dell'errore commesso, consiste nello stabilire a che

titolo sia imputato il reato non voluto.

Alla stregua dell'interpretazione datane dalla S.C., l'evento non voluto è valutabile ai sensi dell'art. 83 c.p. ed è, quindi, addebitabile all'agente a solo titolo di colpa, purchè esso sia materialmente ed essenzialmente diverso da quello voluto. Qualora, invece, si tratti di un evento dolosamente voluto, anche se verificatosi con modalità diverse, il colpevole risponde a titolo di dolo dell'evento cagionato.

In caso di *aberratio delicti* bioffensiva (ovvero quando l'autore commette il reato voluto e anche quello diverso, non voluto) troveranno applicazione le norme sul concorso dei reati. Visto, tuttavia che per l'evento diverso l'agente risponde a titolo di colpa non pare potersi configurare una continuazione tra i diversi reati (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 2004, n. 21746).

2) la c.d. *aberratio ictus* (art. 82 c.p.) prevede, invece, il diverso caso in cui l'errore inabilità cada sull'oggetto materiale (persona o cosa) del reato, nel senso che il reato, invece di offendere il bene-interesse cui l'offesa era diretta, lede lo stesso bene-interesse di altra persona. In rapporto alla persona offesa per errore sussiste ugualmente il dolo, perché, se questo era l'originario elemento soggettivo, l'offesa di una persona invece di un'altra

(oppure l'offesa per errore anche di un'altra persona) non vale a mutare la direzione della volontà (Cass. pen., Sez. I, 6 aprile 2006, n. 15990).

L'art. 82 è strutturato su due commi: nel primo è regolamentata l'ipotesi della cd. *aberratio ictus* monolesiva: Tizio vuole colpire Caio ma, per errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato (sbaglia mira), o per un'altra causa (la vittima designata improvvisamente si sposta), colpisce solo Sempronio; nel secondo è regolamentata l'ipotesi della cd. *aberratio ictus* plurilesiva: Tizio, con un coltello, vuole colpire Caio e lo colpisce ma, contemporaneamente, per errore, colpisce anche Sempronio (ad. es. perché, all'improvviso si è interposto fra la vittima e l'agente).

In relazione alla forma bioffensiva, l'art. 82, comma 2, c.p. prevede l'applicazione di un cumulo giuridico temperato (aumento fino alla metà della pena da irrogare per il reato più grave), non dissimile da quello previsto in tema di concorso formale di reati (art. 81, comma 1, c.p.).

3) la c.d. *aberratio causae*: in tale caso si ha uno svolgimento della catena causale diversa da quella prevista dall'autore (ad es. Tizio spinge Caio giù da un'alta scogliera per ucciderlo ma Caio, anziché morire per le lesioni

conseguenti alla caduta, come previsto dall'agente, decede per annegamento). Tale forma di *aberratio* non trova alcun espresso riferimento normativo, essendo stata elaborata dalla dottrina con riferimento ai **reati a forma vincolata**, in relazione ai quali potrebbe configurarsi un'esclusione del dolo per errata rappresentazione del nesso causale (per i reati a forma libera o causalmente orientati, essendo indifferente la modalità di realizzazione dell'evento, tale istituto non troverà applicazione).

3. L'errore sul decorso causale e le ipotesi di dolo colpito a mezza via dall'errore.

L'errore sul decorso causale del fatto, quindi, riguarda le ipotesi in cui l'evento voluto dall'agente si ricolleggi all'azione attraverso una serie causale diversa da quella prevista dall'agente medesimo. Il dolo viene quindi "colpito a mezza via dall'errore" perché è proprio l'erroneo convincimento che lo scopo preso di mira sia già stato raggiunto con la prima azione a determinare l'agente ad intraprenderne una seconda, di regola volta ad occultare il presunto cadavere, la quale cagiona involontariamente il decesso della vittima.

Ci si interroga sul se, ed eventualmente a

quali condizioni, tale tipologia di errore possa di previsione possa condurre ad una esclusione del dolo.

È difatti evidente che nelle ipotesi di "dolo colpito a mezza via dall'errore" l'evento non è riconducibile all'azione sorretta dalla volontà omicida bensì a quella successiva commessa sulla base dell'erroneo convincimento che la vittima sia già morta. Poiché è a questa seconda azione che deve ricondursi la causazione dell'evento morte, è l'atteggiamento psicologico di quel momento e non del precedente a rilevare ai fini di una corretta imputazione soggettiva.

La responsabilità dell'agente dovrà quindi inquadrarsi come concorso fra tentato omicidio e omicidio colposo.

Questa soluzione è stata recepita dalla suprema Corte con la storica sentenza "Auriemma" del 2 maggio 1988, con la quale fu ripudiata la ormai desueta nozione di dolo generale la quale, a ben vedere, si risolveva nell'applicazione dell'antico brocardo del *versari in re illicita* ed entrava in contrasto con il principio per cui il dolo deve essere sempre oggetto di un accertamento effettivo in relazione all'atto in concreto produttivo dell'evento.



Schede di Giurisprudenza



Civile

La prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c. nell'attività di produzione e commercializzazione di farmaci

Cassazione civile, sezione III, sentenza n. 6587 del 7 marzo 2019

di Olimpia Abet

Fatto

Il signor. S. V., in conseguenza dell'assunzione, nel luglio 2004, del farmaco Neoduplamx, per curare una ferita lacero-contusa alla mano destra, aveva sviluppato un grave malattia, nota come sindrome di Lyell, che determinava conseguenze negative, anche permanenti, sulla salute.

Con atto di citazione del 21 luglio 2006, il danneggiato conveniva, dunque, dinnanzi al Tribunale la casa farmaceutica distributrice del farmaco, chiedendone la condanna al risarcimento di tutti i danni, patrimoniali e non, subiti e subendi per effetto di tale patologia.

Il giudice di prime cure respingeva la domanda, applicando alla fattispecie, *ratione temporis*, la disciplina in materia di responsabilità extracontrattuale del produttore per prodotti difettosi di cui al d.p.r. 224/88 (di attuazione della Direttiva CEE 85/374), oggi trasfusa nel codice del consumo (D.lgs. 206/2005).

Il tribunale precisava, inoltre, che, anche a

voler ritenere applicabile l'art. 2050 c.c., doveva considerarsi fornita la prova liberatoria, trattandosi di effetti indesiderati noti, la cui rara possibilità di insorgenza non avrebbe impedito, all'esito di una valutazione comparativa tra rischi e benefici, la distribuzione del prodotto, ma solo richiesto un'adeguata informativa al pubblico, nei fatti fornita dalla società distributrice tramite l'indicazione, nel foglio illustrativo allegato al farmaco, del rischio della sindrome tra i possibili effetti collaterali del medesimo.

Tale pronuncia veniva impugnata dal ricorrente e riformata dalla Corte d'appello, che condannava la società.

In primo luogo, i giudici di secondo grado escludevano l'operatività della disciplina in materia di prodotti difettosi, ritenendo che il farmaco in questione non potesse considerarsi difettoso.

La Corte faceva, piuttosto, applicazione dell'art. 2050 c.c., ritenendo l'attività di produzione e distribuzione dei farmaci in sé pericolosa e precisando che l'ordinamento giuridico pone il rischio della verifica degli effetti dannosi a carico di chi lo possa effettivamente governare, accollando al medesimo il compito di predisporre effettivi strumenti di esclusione dell'evento dannoso e comunque il rischio economico connesso alla necessità di risarcire i danni conseguenti al verificarsi di eventi avversi.

Nel caso di specie, la Corte riteneva che la

società non avesse fornito la prova liberatoria di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, non potendo a tal proposito ritenersi sufficiente l'avvenuta segnalazione degli effetti collaterali nel bugiardo del farmaco, stante la non conoscenza delle cause dello scatenarsi della sindrome di Lyell.

La società impugnava, dunque, la sentenza dinanzi la Suprema Corte.

Normativa

Art. 2050 c.c.

Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

D. lgs. n. 206 del 2005 (Codice del consumo):

Articolo 114 – Responsabilità del produttore

Il produttore è responsabile del danno cagionato da difetti del suo prodotto.

Articolo 117 - Prodotto difettoso

Un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui:

- a. il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite;*
- b. L'uso al quale il prodotto può essere*

ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere;

c. Il tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

Un prodotto non può essere considerato difettoso per il solo fatto che un prodotto più perfezionato sia stato in qualunque tempo messo in commercio.

Un prodotto è difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie.

Art. 118 - Esclusione della responsabilità

La responsabilità è esclusa:

- a. se il produttore non ha messo il prodotto in circolazione;*
- b. se il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione;*
- c. se il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, nè lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della sua attività professionale;*
- d. se il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante;*
- e. se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso;*
- f. nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, se il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che la ha utilizzata.*

Art. 120 - Prova

Il danneggiato deve provare il difetto, il danno, e la connessione causale tra difetto e danno.

Il produttore deve provare i fatti che possono escludere la responsabilità secondo le disposizioni dell'articolo 118. Ai fini dell'esclusione da responsabilità prevista nell'articolo 118, comma 1, lettera b), è sufficiente dimostrare che, tenuto conto delle circostanze, è probabile che il difetto non esistesse ancora nel momento in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

Se è verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore.

Inquadramento

La questione sottoposta alla Corte di cassazione richiede, in primo luogo, lo scrutinio dei differenti campi di operatività della disciplina della responsabilità da prodotto difettoso, da un lato, e della responsabilità per lo svolgimento di attività pericolose, dall'altro.

La prima, di matrice europea, è contenuta nel codice del consumo, agli artt. 144 e ss.

L'art. 177 cod. cons. definisce difettoso il prodotto che “non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze”. In altri termini, la nozione di difetto equivale ad una insicurezza inaspettata. Dunque, se tale insicurezza è stata oggetto di previa informazione, il prodotto non può essere definito difettoso. Assumono rilievo, allora, le informazioni

fornite nel momento della commercializzazione del prodotto.

La prova del difetto grava sull'utilizzatore, che deve provare anche il danno ed il nesso di causalità tra difetto e danno (art. 120), mentre il produttore può fornire la prova liberatoria nei termini descritti dall'art. 118 cod. cons.: ne emerge un sistema di responsabilità tendenzialmente oggettiva, in quanto non basta la prova dell'assenza di colpa.

Di particolare interesse appare la prova liberatoria di cui all'art. 118 lettera e) cod. cons., che esonera il produttore da responsabilità con riguardo allo stato delle conoscenze scientifiche esistenti al momento in cui il prodotto è stato immesso sul mercato.

La responsabilità per lo svolgimento di attività pericolose, invece, è disciplinata dal Codice civile, all'art. 2050.

Per attività pericolose si intendono, in base all'orientamento interpretativo ormai consolidato, oltre che quelle qualificate tali dalla legge, le attività che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, comportano la rilevante possibilità del verificarsi di un danno per la loro spiccata potenzialità offensiva: la pericolosità, in altri termini, è identificabile con una potenzialità lesiva dell'attività di grado superiore alla media.

In relazione alla fattispecie in esame, la Corte di cassazione precisa che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, l'incontestata non difettosità del farmaco non rende applicabile la disciplina, sopra



esaminata, contenuta nel codice del consumo.

La Corte, dunque, chiarisce i rapporti tra tale disciplina e quella di cui all'art. 2050 c.c., affermando che la prima certamente non esclude l'operatività della seconda, presentando le due normative una diversa ratio ed una diversa sfera di operatività, e ritiene senz'altro annoverabile tra le attività pericolose quella di importazione e di commercializzazione di farmaci, come già riconosciuto in precedenza da giurisprudenza e dottrina, in considerazione tanto della probabilità statistica del verificarsi di eventi dannosi, quanto della gravità dei danni ragionevolmente prevedibili.

L'art. 2050 c.c. rappresenta una fattispecie di responsabilità extracontrattuale speciale, prevedendo un criterio di imputazione della responsabilità civile derogatorio rispetto a quello previsto dall'art. 2043 c.c.

Come noto, i criteri di imputazione della responsabilità civile hanno la funzione di allocare il rischio che una determinata attività procuri ad altri un danno, servendo a stabilire se lo stesso debba ricadere sul danneggiante oppure sul danneggiato; in quest'ottica, la specialità dell'art. 2050 c.c. rispetto al paradigma dell'art. 2043 c.c. è funzionale a contemperare l'esigenza di consentire attività che, se pur pericolose, si rivelano utili per la società, con la necessità di contenere, al contempo, i rischi creati dalle stesse.

Ebbene, sulla natura di tale responsabilità si contrappongono due diverse impostazioni interpretative.

Per la prima, la fattispecie in esame descrive

un'ipotesi di responsabilità oggettiva, la cui prova liberatoria consiste, dunque, nella dimostrazione del fortuito, cioè di un fattore esterno di per sé capace di causare l'evento lesivo e, quindi, di recidere il nesso di causalità tra l'attività pericolosa e il danno.

Secondo diversa impostazione, invece, si tratta di una responsabilità da colpa presunta, come si desume dalla natura della prova liberatoria, che consiste nella dimostrazione di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno. L'unica differenza rispetto al modello di responsabilità delineato dall'art. 2043 c.c., dunque, consisterebbe nell'inversione dell'onere della prova, in forza del quale al danneggiato spetta la dimostrazione del nesso di causalità tra l'attività pericolosa ed il danno, mentre il danneggiante potrebbe liberarsi dalla responsabilità dimostrando il proprio comportamento diligente.

Nella fattispecie in esame, una c.t.u. disposta in giudizio aveva accertato il nesso causale tra l'assunzione del farmaco e la comparsa della sindrome, quale complicanza nota della terapia, ma non prevedibile né prevenibile.

Rispetto alla prova liberatoria, il giudice di appello aveva reputato non sufficiente la circostanza che gli effetti indesiderati, riscontrabili con una percentuale di uno su un milione di casi, fossero segnalati nel foglietto illustrativo, essendo ignote le cause dello scatenarsi della sindrome.

La segnalazione nel c.d. bugiardinio, infatti, avrebbe escluso la responsabilità dell'esercente ove le cause fossero state note e fossero state illustrate, cosicché il paziente



avrebbe potuto valutare il rischio dell'assunzione; ulteriormente precisando, in tale prospettiva, che per sfuggire alle responsabilità connesse alla produzione e alla commercializzazione di un farmaco che, anche in un caso su un milione, può provocare danni importanti, ma di eziologia ignota, non è sufficiente la segnalazione dei possibili pericoli connessi all'assunzione, dovendo l'impresa o rinunciare *tout court* alla produzione e alla commercializzazione del prodotto o accollarsi il rischio economico del risarcimento del danno. In sostanza, viene esclusa la prova liberatoria, pur prevista dall'art. 2050 c.c.

La Corte di cassazione non aderisce a tale impostazione, individuando un margine, sebbene stretto, per l'operatività della prova liberatoria di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

In particolare, nella ricostruzione della Suprema Corte, la casa farmaceutica può liberarsi dalla responsabilità provando di aver osservato tutte le sperimentazioni e i protocolli previsti dalla legge prima della produzione e della commercializzazione del farmaco e di aver adeguatamente segnalato l'effetto indesiderato.

Con la precisazione, poi, che non è sufficiente una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco, ma è necessario che l'impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche allo stato di

avanzamento della ricerca, al fine di eliminare o almeno di ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori.

Soluzione

La Corte di Cassazione, dopo aver precisato che la produzione e la commercializzazione di farmaci rientra tra le attività pericolose di cui all'art. 2050 c.c., chiarisce la portata della prova liberatoria posta in capo al danneggiante.

In tale ipotesi, l'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno consiste nella rigorosa osservanza di tutte le sperimentazioni e i protocolli previsti dalla legge prima della produzione e della commercializzazione del farmaco e nella adeguata segnalazione dell'effetto indesiderato.

La Corte precisa, poi, che non è sufficiente una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco, essendo invece necessario che l'impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche allo stato di avanzamento della ricerca, al fine di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori.

Penale

Sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e la sua estensione ai correi

Cassazione penale, Sezioni Unite, Sentenza n. 8545 del 3 marzo 2020

di Maura Alessia Valentina Ciociano

L'aggravante speciale di cui all'art. 416-bis co. 1 c.p., che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose ha natura oggettiva o natura soggettiva? Più precisamente, concerne le modalità dell'azione ovvero la direzione della volontà?

Fatto

La Corte d'Appello, respingendo le doglianze proposte da C.P., ha confermato la decisione di primo grado che prevedeva per l'imputato la condanna alla pena di anni tre e mesi dieci di reclusione ed euro 2.400,00 di multa, dichiarandolo responsabile per i reati di usura, tentata estorsione, ed abusiva attività finanziaria contestati aggravati dalla finalità di agevolazione mafiosa svolta in favore del clan dei C.

Oltre a ciò, nel corso dell'accertamento della verità dei fatti, è emerso che C. agiva quale intermediario tra chi ricercava finanziatori ed i coimputati R. e T., soggetti non facenti parte del sodalizio criminale, ma collocati in una posizione di contiguità con esso. Invero, costoro si occupano di elargire denaro ad interesse, mentre C. si occupava dell'attività consequenziale benché connessa di recupero crediti, sollecitando i debitori all'adempimento, anche con il ricorso a violenze e minacce. A codesta statuizione, l'imputato ha proposto ricorso per Cassazione, dolendosi della violazione di legge e del vizio di motivazione in relazione all'applicazione del D.L. n. 152 del 1991, art. 7, poi confluito nell'art. 416-bis 1 del Codice penale. La Sezione Semplice cui è stato assegnato il ricorso, preso atto del contrasto interpretativo sussistente nelle pronunce della Corte di Cassazione in ordine alla natura oggettiva o soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa, ha rimesso il procedimento alla cognizione delle Sezioni Unite della Corte medesima al fine di dirimere il contrasto.



Normativa

Codice Penale, art. 416-bis 1 – Circostanze aggravanti ed attenuanti per reati connessi ad attività mafiose

Per i delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo [416 bis](#) ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli [98](#) e [114](#) concorrenti con l'aggravante di cui al primo comma non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante.

Per i delitti di cui all'articolo [416 bis](#) e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso, nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati, la pena dell'ergastolo è sostituita da quella della reclusione da dodici a venti

anni e le altre pene sono diminuite da un terzo alla metà.

Nei casi previsti dal terzo comma non si applicano le disposizioni di cui al primo e secondo comma.

Codice Penale, art. 118 – Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti

Le *circostanze* che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono.

Codice Penale, art. 70 – Circostanze oggettive e soggettive

Agli effetti della legge penale:

- 1) sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso;
- 2) sono circostanze soggettive quelle che concernono la intensità del dolo o il grado della colpa, o le condizioni e le qualità personali del colpevole, o i rapporti fra il colpevole e l'offeso, ovvero che sono inerenti alla persona del colpevole.

Le circostanze inerenti alla persona del colpevole riguardano la imputabilità e la recidiva.

Codice Penale, art. 59 – Circostanze

non conosciute o erroneamente supposte

Le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui per errore ritenute inesistenti.

Le circostanze che aggravano la pena sono valutate a carico dell'agente soltanto se da lui conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa.

Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze aggravanti o attenuanti, queste non sono valutate contro o a favore di lui. Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Tuttavia, se si tratta di errore determinato da colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

Inquadramento

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, considerano l'aggravante prevista dal D.L. 13 maggio 1991, n. 152, art. 7, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, il cui contenuto è oggi trasfuso nell'art. 416-bis 1 c.p., comma 1, "*disposizione di garanzia di una maggiore efficacia della funzione preventivo-repressiva del fenomeno mafioso*".

Infatti, secondo gli interpreti, la disposizione

normativa presenta la medesima strutturazione testuale delle fattispecie dei reati in materia di terrorismo o eversione dell'ordine democratico. Specificamente, essa si occupa sia di disciplinare l'aggravante del metodo mafioso sia di regolare l'aggravante dell'agevolazione mafiosa.

Inoltre, va segnalato che gli esegeti non hanno alcun dubbio sulla natura oggettiva della prima, la quale si caratterizza e si esaurisce per le modalità dell'azione.

Diversamente, appare problematica la seconda aggravante riassumibile nell'espressione contenuta nel terzo comma dell'art. 416-bis 1: "*al fine di agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso*" sulla cui natura si sono contrapposti due orientamenti giurisprudenziali così compendiabili: per alcuni, l'aggravante in parola ha natura soggettiva in quanto è integrata da un atteggiamento di tipo psicologico dell'agente, che richiama i motivi a delinquere ed è riconducibile alle circostanze indicate nell'art. 118 c.p.: valutabili soltanto riguardo la persona del colpevole e non passibili d'estensione ai concorrenti del reato. Per altri, all'opposto, l'aggravante è integrata da un elemento oggettivo, riguardante le modalità dell'azione, ed è quindi riconducibile alle circostanze di natura



oggettiva previste dal punto 1) dell'art. 70 c.p., con conseguente estensibilità ai concorrenti come sancito dall'art. 59 c.p., comma 2, purché da questi conosciuta o, al più, conoscibile; infine, secondo una terza opzione interpretativa, la natura dell'aggravante deve essere valutata dal giudice in concreto facendo riferimento al tipo di reato di cui trattasi.

Secondo il Supremo Consesso, nell'alveo delle sentenze che si informano alla teoria soggettiva, non c'è unanime veduta sulle modalità attraverso cui deve essere individuato l'elemento soggettivo, cioè se la condotta dell'agente debba essere teleologicamente orientata ad agevolare l'associazione ovvero se costui, pur nella consapevolezza di avvantaggiare l'associazione, possa perseguire un diverso scopo. Allo stesso modo, non è chiaro quale debba essere il requisito necessario ai fini dell'applicazione della circostanza al concorrente in base all'articolo 118 c.p.: per alcuni, infatti è indispensabile accertare che il concorrente abbia agito con dolo specifico di agevolazione, come previsto dalla norma; secondo altri interpreti, come si evince dalle sentenze ascrivibili a questo orientamento, ai fini dell'applicazione dell'aggravante è bastevole che il concorrente abbia agito nella

consapevolezza della finalità agevolatrice perseguita dall'agente.

All'opposto, come affermato sopra, si situa la tesi di natura oggettiva. Seguendo questo itinerario ermeneutico, bisogna far riferimento alle modalità dell'azione di cui all'art. 70 n.1 c.p.; infatti coloro i quali argomentano in questo senso: in primo luogo escludono l'applicabilità dell'art. 118 c.p.; in secondo luogo ritengono che sia necessaria la sussistenza del dolo specifico almeno in capo ad uno dei concorrenti ovvero che vi sia consapevolezza della funzionalizzazione della condotta all'agevolazione dell'associazione di tipo mafioso; in terzo luogo, secondo costoro, l'ignoranza incolpevole può essere sufficiente solo ai fini dell'estensione della circostanza ai concorrenti, ma non per integrare l'aggravante. Il terzo percorso esegetico è quello di natura casistica: l'interprete, a seconda del tipo di reato e del caso sottoposto alla sua attenzione valuta la natura dell'aggravante. Secondo l'approccio *case by case*, dev'essere estesa ai concorrenti, in ossequio al principio *ubi commoda ibi incommoda*, allorquando si configuri come un dato oggettivo che, travalicando la condotta del singolo agente, sia in grado di agevolare la commissione del reato o, nei casi dubbi,



valutando come oggettive quelle aggravanti che abbiano facilitato la commissione del reato. Nel reato di associazione mafiosa, secondo la Corte ad esempio, l'aggravante si configurerebbe come oggettiva, tutte le volte in cui la finalità di agevolare un'associazione mafiosa sia connessa alla struttura organizzativa dell'associazione semplice, a sua volta collegata con l'associazione mafiosa. L'ordinanza di remissione, si legge nella sentenza in commento, sottolinea che tutte le opzioni ermeneutiche hanno un aspetto comune: la necessità di un elemento oggettivo. Il contrasto si ridurrebbe, quindi, alla copertura volitiva dell'elemento materiale: la concreta funzionalizzazione dell'attività criminosa contestata all'agevolazione di un'associazione mafiosa. Optando per la tesi soggettiva, la volizione dev'essere piena e specifica, cioè dev'essere piena consapevolezza fa parte dell'agente; al contrario, per la tesi oggettiva è bastevole che il nesso di causalità tra reato contestato e associazione mafiosa sia sorretto da una volizione attenuata: l'ignoranza colpevole.

Il Supremo Consesso sconfessando l'ordinanza di remissione, riconduce la questione su altri nodi interpretativi chiedendosi quale sia l'elemento soggettivo necessario a integrare l'aggravante: dolo

specifico o mera consapevolezza nella direzione della condotta ad agevolare l'attività dell'organizzazione criminale e, altresì, se il requisito per estendere ai concorrenti nel reato sia da rintracciarsi nel dolo specifico, nella consapevolezza ovvero nella mera ignoranza. Inoltre, secondo i giudici di legittimità, nell'ambito della concezione soggettiva alcuni considerano l'elemento psicologico come dolo specifico; altri, invece, pensano che si esaurisca nella consapevolezza che la condotta sia funzionale ad agevolare l'organizzazione criminale; nella concezione oggettiva, parimenti, ai fini della configurabilità dell'aggravante, oltre all'elemento oggettivo, è necessario che vi sia il dolo specifico ovvero la mera consapevolezza della oggettiva finalizzazione dell'azione all'agevolazione dell'attività dell'associazione di tipo mafioso.

La Corte, partendo da alcune ipotesi avanzate in dottrina secondo cui l'aggravante ha natura soggettiva, la considera tale. Invero, per la dottrina dominante, la natura soggettiva deve unirsi ad elementi squisitamente oggettivi al fine di evitare di punire il pericolo del pericolo della agevolazione mafiosa, pertanto considera l'aggravante di cui si discorre alla stregua dei



reati di pericolo con dolo di danno. A giudizio della Corte la dottrina ha, inoltre, operato un interessante parallelo tra i reati a dolo specifico ed il tentativo, precisando che ai fini della configurabilità della fattispecie dell'agevolazione mafiosa è necessario da parte dell'agente non solo la condotta intenzionale, ma elementi concreti e idonei a rendere possibile l'agevolazione. In sintesi, la Corte asserendo che l'aggravante è di natura soggettiva, discostandosi in parte da tutti i precedenti in materia, sottolinea che ai fini della sua integrazione l'agente debba deliberare l'attività illecita nella convinzione di apportare un vantaggio all'associazione mafiosa. Più precisamente, la rappresentazione del reato, nel rispetto del principio di offensività, deve basarsi su elementi concreti realmente collegabili ad una associazione di tipo mafioso e a l'agire del soggetto agente deve essere utile alla realizzazione degli scopi associativi, anche senza un accordo tra i componenti del gruppo dell'associazione medesima. Per la Corte, dunque, il fine agevolativo deve essere classificato tra i motivi a delinquere, poiché il sistema penale italiano considera il motivo non solo quale elemento caratterizzante della fattispecie, ma anche nella sua forma circostanziale. Successivamente, nella

sentenza, il Supremo Consesso si è occupato di analizzare la sottile linea d'autonomia tra la fattispecie aggravata dalla finalità agevolatrice ed il concorso esterno in associazione mafiosa. A parere della Corte, solo il concorrente esterno, non l'autore dell'illecito, ha un rapporto effettivo con il gruppo che gli consente di capire la cifra del suo intervento ai fini dell'esistenza del clan. Da un lato, l'attività di concorso esterno si caratterizza per la sua infungibilità e, nella realtà sociale, si verifica nei casi di potenziale crisi della struttura clanica.

Il potenziale dissesto dell'associazione è risolvibile, a giudizio della Corte, esclusivamente attraverso l'intervento esterno. Dall'altro, l'aggravante dell'agevolazione è caratterizzata da fungibilità e da estemporaneità; essa può essere valutata anche a carico di uno solo degli agenti, senza la comunicazione al gruppo. In altre parole, per la Corte, le due figure giuridiche posseggono in comune esclusivamente la necessità dell'esistenza dell'associazione mafiosa. A sostegno di detta interpretazione, gli interpreti adducono due argomentazioni: in primo luogo, l'associato può consumare condotte aggravate dalla finalità agevolatrice, ma non può essere concorrente esterno poiché il



partecipante non potrà evidentemente concorrere al reato associativo secondo l'ordinario meccanismo dell'art. 110 c.p.; in secondo luogo, per i giudici di legittimità, l'art. 416-bis c.p. non opera alcun riferimento ad una finalità specifica.

In epilogo, la Corte affronta la questione del requisito necessario per applicare l'aggravante ai concorrenti di reato, analizzando il rapporto tra gli artt. 59 e 118 c.p. rispetto all'aggravante dell'agevolazione mafiosa. Entrambe le disposizioni sono state modificate dalla legge n. 19 del 1990 al fine di eliminare i riferimenti alla responsabilità oggettiva, in modo da collegare gli elementi, anche non costitutivi del reato, esclusivamente alla volontà dell'agente in ossequio al principio di responsabilità personale scolpito nell'articolo 27 della Carta Costituzione. L'intervento riformatore ha modificato, pertanto, entrambi gli articoli: ha previsto all'art. 59 c.p. che le aggravanti debbano essere conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa. Invece, per quanto attiene all'art. 118 c.p. ha eliminato ogni riferimento alle circostanze oggettive e soggettive, prevedendo una limitazione per particolari circostanze: quelle riguardanti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il

grado della colpa e quelle riguardanti la persona del colpevole.

L'art. 118 c.p., in particolare, prevede che le circostanze indicate si applichino solo alle persone a cui si riferiscono e, pertanto, la Corte si occupa di definire le condizioni di riferibilità al correo della circostanza in questione che, appunto, si riferisce ai motivi a delinquere.

All'uopo, la Corte sottolinea che il *discrimen* vada rintracciato nella concreta estrinsecazione della circostanza all'esterno che consente al concorrente, che pur non condivide tale finalità, di essere consapevole della finalità agevolativa dell'agente.

Per queste motivazioni, per la Suprema Corte, qualora si rinvenivano elementi di fatto suscettibili di dimostrare che l'intento (agevolativo) dell'agente sia riconosciuto dal concorrente, non vi è ragione per escludere l'estensione dell'applicazione dell'aggravante. Per i giudici, peraltro, la particolare natura soggettiva dell'aggravante non consente di ritenere sufficiente un coefficiente colposo di imputazione della circostanza ai correi.

Dunque, per il coautore del reato, non coinvolto nella finalità agevolatrice, è sufficiente il dolo diretto, che comprende anche le forme di dolo eventuale.

Soluzione



La Corte di cassazione, riunitasi nella sua formazione più autorevole, nella sentenza in commento, ha sancito il seguente principio di diritto: *“L’aggravante agevolatrice dell’attività mafiosa prevista dall’art. 416-bis 1 c.p., ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell’altrui finalità”*.

Il Supremo Consesso ha, altresì, precisato che l’art. 118 c.p. opera un’indicazione autonoma circa l’estensibilità delle circostanze soggettive, limitatamente alle circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l’intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole, le quali debbono essere valutate dal giudice soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono; di tal guisa si escludono le condizioni e le qualità personali del colpevole ed i rapporti tra il colpevole e l’offeso.

Il percorso argomentativo che ha condotto alla soluzione menzionata muove dalla considerazione che per estendere le circostanze, il *discrimen* non riguarda la natura oggettiva e soggettiva della circostanza così come congegnata nel Codice penale del 1930, ma il modo attraverso cui la circostanza si atteggia all’esterno. Vale a dire

che, allorché l’elemento di aggravamento o di attenuazione rimane nell’intento dell’agente, non è estendibile ai concorrenti, i quali non erano nelle condizioni di conoscerlo.

Nelle altre ipotesi, cioè tutte le volte in cui, elementi di fatto dimostrano che l’intento dell’agente di voler agevolare l’associazione mafiosa sia conosciuto dal concorrente e nonostante ciò questi abbia collaborato con lui, non c’è alcun motivo per non applicarlo anche a costui nel rispetto del Principio di Offensività.

La Corte rileva che tale soluzione opera pacificamente *“con riferimento ad altre figure di aggravanti che riguardano altri motivi a delinquere o l’intensità del dolo”* quali la premeditazione, i motivi abietti o futili e il cd. nesso teleologico.

“In definitiva, là dove l’elemento interno proprio di uno degli autori sia stato conosciuto anche dal concorrente che non condivide tale fine, quest’ultimo viene a far parte della rappresentazione ed è quindi oggetto del suo dolo diretto ove il concorrente garantisce la sua collaborazione nella consapevolezza della condizione inerente al compartecipe”.



Temi Svolti

I temi svolti sono reali esercitazioni, giudicate brillanti e svolte da chi ha poi vinto il concorso. Si tratta, quindi, di un efficace strumento di confronto a disposizione di chi affronta il concorso che, tuttavia, non è comparabile, quanto a precisione e riferimenti giurisprudenziali, agli ordinari articoli di dottrina e agli altri articoli della rivista



Civile

L'area della Responsabilità civile si occupa delle conseguenze civilistiche del fatto illecito.

di Danilo Carrozzzo

Ai sensi degli artt. 1218 e 2043 cod. civ. si possano individuare due tipi di fatto illecito civilistico: contrattuale ed extracontrattuale. Il primo consiste nell'inadempimento di un'obbligazione di fonte legale e contrattuale (artt. 1218 e ss c.c.); il secondo consiste nella violazione dell'obbligo generico di *neminem ledere* (artt. 2043 e ss. c.c.).

In entrambi i casi la reazione ordinamentale è la medesima, e consiste nella nascita di un obbligo risarcitorio in virtù di quanto espressamente previsto dagli artt. 1218 e 2043 cc. nonché dall'art. 1173 cc. il quale annovera il fatto illecito tra le fonti dell'obbligazione.

Per quanto concerne la *ratio* dell'istituto, giova dare atto dell'evoluzione verificatasi. Sotto la vigenza dell'abrogato codice civile del 1865, infatti, gli interpreti attribuivano una funzione prevalentemente sanzionatoria alla responsabilità civile. Ciò in quanto il legislatore stesso richiedeva, quale

presupposto, l'altrui fatto ingiusto: l'ingiustizia della condotta altrui lasciava, quindi, desumere un intervento repressivo dell'ordinamento. Con l'avvento del codice del 1942 l'attributo dell'ingiustizia è passato dalla condotta al danno, sottolineando il carattere ingiusto della diminuzione patrimoniale della vittima (cd concezione vittimologica). Sulla base di tale mutamento si è osservato che la funzione del risarcimento non è punitiva ma è riparatoria: esso mira a ripristinare l'ingiusta diminuzione patrimoniale. E' importante sottolineare, tuttavia, che i più recenti interventi legislativi hanno indotto la giurisprudenza ad ammettere, nei casi espressamente previsti dalla legge, ipotesi risarcitorie con funzione punitiva: si parla quindi di funzione poliedrica della responsabilità civile.

Nell'ambito della responsabilità extracontrattuale il legislatore delinea un paradigma generale all'art. 2043 c.c. cui si contrappongono alcune figure speciali codicistiche ed extracodicistiche.

Il paradigma generale ex art. 2043 c.c. contempla, quale presupposto della

responsabilità, il generico ed atipico fatto illecito. La struttura del fatto illecito può essere scomposta nelle seguenti componenti: la condotta, l'evento, il danno, il nesso oggettivo ed il nesso soggettivo di imputazione.

Occorre sottolineare che la condotta può essere attiva ed omissiva, ead essa deve essere causalmente concatenato l'evento, che consiste nella modificazione materiale della realtà, conseguenza delle condotte. All'evento deve essere casualmente ricollegato il danno ingiusto. Mentre il primo nesso casuale è di tipo materiale e va ricostruito secondo un criterio condizionalistico, il secondo nesso, secondo il comune orientamento, è di tipo giuridico, e può essere ricostruito secondo un criterio di regolarità causale, cioè secondo *l'id quod plerumque accidit*. Il danno, secondo alcuni interpreti, va inteso in senso economico e coincide al valore del bene pregiudicato dall'evento. Secondo altri, va inteso in senso giuridico, e corrisponde nella diminuzione di valore del patrimonio della persona offesa salvo diverse previsioni legali che possono incrementarlo o diminuirlo in virtù di diverse valutazioni. Il danno, inoltre, deve essere ingiusto. Secondo l'interpretazione tradizionale l'ingiustizia era predicabile solo

rispetto ad aggressioni aventi ad oggetto diritti soggettivi perfetti, in quanto l'art. 2043 c.c. era, secondo questa ricostruzione, una norma sanzionatoria posta a presidio di situazione giuridica già riconosciute e qualificate da altre norme. Secondo l'impostazione più attuale, viceversa, il 2043 c.c. è una norma primaria che conferisce tutela a tutte le situazioni meritevoli di tutela giuridica in quanto espressione di interessi giuridicamente apprezzabili. Pertanto, si ritengono risarcibili anche gli interessi legittimi ed addirittura la lesione del possesso, che è una situazione di fatto, secondo un diffuso orientamento. Infine, secondo l'art. 2043 cc, è necessario un nesso di imputazione soggettiva tra il fatto e suo autore, consistente nel dolo o nella colpa. Il legislatore civilistico non fornisce una nozione di dolo e colpa, e pertanto è necessario ricorrere alle rispettive nozioni penalistiche: il dolo consiste nella rappresentazione e violazione dell'evento; la colpa consiste nella mancanza di volontà di un evento prevedibile ed evitabile cagionato dall'inosservanza di una regola di cautela. In ambito civilistico si fa riferimento, più genericamente, alla colpa come mancanza di diligenza.

A tale statuto sostanziale corrisponde il



regime probatorio della responsabilità aquiliana: ex art. 2697 c.c., il danneggiato deve provare tutti gli elementi dell'art. 2043 c.c.

Al fine di garantire l'effettività della *ratio* riparatoria della responsabilità di tipo oggettivo o aggravato.

Questi regimi sono possibili nell'ordinamento civile a differenza che nell'ordinamento penale ove la responsabilità ha finalità spiccatamente sanzionatoria e, pertanto, vigono i principi costituzionali di colpevolezza e personalità delle responsabilità penale (art. 27 Cost.), nonché la presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva.

I due regimi alternativi non sono espressamente definiti dal legislatore ma sono frutto dell'analisi dottrinale delle fattispecie tipizzate. Il modello di responsabilità oggettiva si basa sulla irrilevanza della colpa dell'autore, che è chiamato a risarcire la vittima, in virtù del proprio rapporto con la fonte del danno, a prescindere dalla propria diligenza. In tali casi, peraltro, il danno può scaturire anche da un'altra persona o da una casa, e si parla di responsabilità indiretta per fatto altrui.

Il modello della responsabilità aggravata si basa, invece, su una presunzione di colpa.

Esso comporta un rovesciamento dell'ordinario criterio di riparto dell'onere probatorio, ma ammette la prova contraria della condotta diligente del responsabile civile.

L'inquadramento delle singole ipotesi nei modelli di responsabilità è sovente oggetto di discussione, come nel caso dell'art. 2048 c.c., avente ad oggetto la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte.

Tale norma, al co 1, pone in capo ai genitori ed ai tutori la responsabilità per i danni cagionati dai figli minori e dai soggetti sottoposti a tutela che con essi coabitano. Al co. 2 la norma pone in capo i precettori ed ai maestri d'arte la responsabilità per i danni cagionati dagli allievi ed apprendisti mentre sono sotto la loro sorveglianza.

La *ratio* della norma è quella di garantire una maggiore tutela ai soggetti danneggiati. Infatti, ex art. 2046 c.c., per l'imputazione del fatto dannoso è sufficiente la capacità naturale, e quindi il minore (e, nei casi limite, l'interdetto) potrebbero essere considerati responsabili del fatto e destinatari dell'obbligazione risarcitoria. Tuttavia, tale obbligazione sarebbe destinata, nella maggior parte dei casi, all'insolvenza, vista l'ordinaria incapacità del patrimonio del



minore, il quale astrattamente può essere titolare di situazione giuridiche soggettive patrimoniali., sebbene non possa esercitarle, ma in concreto è privo di tale titolarità nella regolarità della vita sociale.

La natura di questa responsabilità è discussa. Secondo un primo orientamento, tradizionale, si tratta di responsabilità oggettiva. Secondo questa tesi, il comma 3 dell'art. 2048 cc., facendo riferimento alla prova "di non aver potuto impedire il fatto", intende necessaria la prova di una causa di forza maggiore. Si tratta, quindi, di una responsabilità oggettiva per fatto altrui. Secondo un orientamento più recente, invece, la prova "di non avere potuto impedire il fatto" attiene allo sforzo di diligenza del responsabile. Si tratta quindi di una responsabilità per fatto proprio, e non per fatto altrui, basata sulla colpa del responsabile. Non vi è, tuttavia, unanimità di veduta neppure sul tipo di attività imputabile al responsabile. Secondo alcuni si tratta di "*culpa in educando*", cioè di colpa nell'educazione del minore, attività di carattere ampio, cronologicamente anteriore alla commissione del fatto. Secondo altri si tratta di "*culpa in vigilando*", cioè di colpa nella specifica attività di sorveglianza colta al fatto illecito. Alcuni interpreti attribuiscono al

comma 1 il parametro della "*culpa in educando*" ed al comma 2 della "*culpa in vigilando*", in quanto ai genitori spetta il compito più ampio di educazione, ed agli altri soggetti la mera sorveglianza. Occorre sottolineare che parte della giurisprudenza è particolarmente rigorosa e ritiene che dalle stesse modalità di realizzazione del fatto illecito sia desumibile il fallimento educativo del minore imputabile al genitore.

Per quanto concerne l'ambito di operatività della norma, si deve sottolineare che parte della giurisprudenza ritiene responsabile anche il genitore separato in presenza di affidamento congiunto, in quanto anch'egli è gravato dall'onere educativo. Altri interpreti, tuttavia, escludono tale responsabilità in quanto, se cessata la coabitazione, è venuto meno il requisito, previsto espressamente dall'art. 2048, della convivenza.

E' invece pacifica l'interpretazione evolutiva che estende il comma 2 agli insegnanti nelle ore di lezione. Una interpretazione strettamente letterale della norma, infatti, escluderebbe tale soluzione, in quanto le figure del precettore e del maestro d'arte sono diverse da quella dell'insegnante. La medesima *ratio* di tutela consente, tuttavia, l'applicazione analogica della norma, secondo un diffuso orientamento.

Anche l'ambito oggettivo è stato oggetto di dibattito. Secondo alcuni, infatti, la responsabilità dell'insegnante è limitata ai danni arrecati del minore ai terzi (generalmente compagni di scuola), secondo l'interpretazione più vicina alla lettera della norma. Costoro, pertanto, ritengono che la responsabilità dell'insegnante, per i danni che il minore arreca a se stesso durante le ore di lezione, se imputabile ex art 2043 c.c. L'onere della prova, pertanto, grava integralmente sugli attori processuali. Secondo un diverso orientamento, invece, la norma è applicabile anche all'ipotesi di autolesione. Si tratta di un'interpretazione analogica basata sulla *ratio* di tutela del minore. In sede processuale, pertanto, spetta all'insegnante l'onere di provare la forza maggiore che ha impedito la sorveglianza o la propria diligenza.

Tale tesi è stata criticata in virtù dell'osservazione che si tratta di un'analogia non sorretta dalla medesima *ratio*. L'art. 2049 cc., infatti, non mira alla tutela del minore, ma dei terzi danneggiati: in caso di autolesione, invece, il risarcimento è chiesto a favore del minore. Alla luce di tale critica è stata elaborata la tesi della responsabilità da contatto sociale. Secondo questa tesi, al momento della iscrizione del minore a scuola, tra i genitori del minore e gli

insegnanti si instaura il cd contatto sociale qualificato: l'insegnante, sebbene non legato ai genitori da un vincolo contrattuale (che insiste tra genitori e scuola), si impegna ad eseguire una prestazione. Il contatto sociale comporta l'obbligo di effettuarla secondo diligenza e di proteggere il soggetto debole, quale il minore.

Il contatto sociale, più in generale, è da molti ritenuto sussumibile tra gli "altri atti o fatti" fonte di obbligazione ex art. 1173 cc. Esso trova fondamento costituzionale nell'art. 2 Cost. il quale sancisce obblighi di solidarietà sociale tra i consociati. Nell'ambito dell'attività civilistica questo obbligo di solidarietà, secondo una diffusa opinione, è fonte di obbligazione accessorie di buona fede ex artt. 1175 e 1375 cc. tra le parti negoziali ed è fonte di obblighi di protezione anche tra soggetti non legati da contratto, nel caso in cui uno dei due sia in possesso di peculiari conoscenze tecniche e intraprenda l'esecuzione di una prestazione professionale.

Tale teoria consente di applicare la disciplina della responsabilità contrattuale a favore della parte debole, consentendole, in sede giurisdizionale, di limitarsi alla prova del titolo, ed allegazione dell'inadempimento, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite



del 2001. Ciò posto, quanto al titolo della responsabilità, occorre soffermarsi ulteriormente sulla figura del soggetto responsabile. A tal fine giova distinguere tra scuole private e scuole pubbliche.

Nel caso di istituti scolastici privati sussiste, infatti, una duplice responsabilità. La prima è di tipo contrattuale ed incombe sulla scuola. Al momento dell'iscrizione del minore, infatti, i genitori stipulano un contratto avente ad oggetto l'educazione e la cura del minore. La giurisprudenza afferma, generalmente, che l'obbligo di cura del minore, anche se non espressamente previsto, è un obbligo di protezione che, *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. e 2 Cost., integra la regola contrattuale (cd *etero integrazione del contratto*). Si tratta di obblighi di buona fede il cui inadempimento è fonte di responsabilità *ex art.* 1453 c.c.

La seconda responsabilità grava in capo all'insegnante, secondo quanto innanzi esposto con riferimento al titolo: secondo alcuni è responsabilità *ex art.* 1218 c.c. da contatto sociale.

Nel caso di istituti scolastici pubblici, nei confronti dei genitori, la responsabilità, invece, è unica. L'*art.* 61, l. 312/80, infatti, stabilisce che l'unico legittimato passivo, nelle controversie aventi ad oggetto danni

agli alunni, è l'istituto scolastico.

Tale istituto, secondo l'orientamento attualmente più diffuso, risponde *ex artt.* 1218 e 1453 c.c. nei confronti dei genitori in quanto l'atto dell'iscrizione è interpretato quale stipula di un contratto dal contenuto analogo a quello stipulabile con la scuola privata. E' infatti superato l'orientamento che attribuiva natura di provvedimento amministrativo all'atto di ammissione a scuola.

L'insegnante della scuola pubblica, ove sia accertata la responsabilità della scuola, potrà essere successivamente chiamato a rispondere, nei confronti dello stato a titolo di responsabilità amministrativa, ove sia accertato che abbia agito con dolo o colpa grave.



Pillole di Diritto

a cura di Luca Cestaro

(è solo una selezione; per le altre vai sul nostro sito www.calamusiuris.org o sulla nostra pagina Facebook)

Amministrativo

La pillola di diritto del 21 marzo 2020

#attoanticomunitario

#invalidità

#concessionidemaniali

T.A.R. Sardegna, sez. II, Sentenza n. 77 del 05 febbraio 2020

L'interessante pronuncia del T.A.R. sardo consente di focalizzare due importanti questioni.

La prima è relativa al regime di invalidità degli atti che presentino dei profili di contrasto con il diritto comunitario.

In particolare, il T.A.R. rammenta che *“la non applicazione della disposizione interna contrastante con l'ordinamento comunitario costituisce un potere-dovere, per il giudice, che opera anche d'ufficio al fine di assicurare la piena applicazione delle norme comunitarie, aventi un rango preminente rispetto a quelle dei singoli Stati membri”* e, poi, aderisce alla tesi prevalente secondo cui, in assenza di impugnazione e di annullamento da parte del giudice amministrativo, il provvedimento amministrativo adottato in applicazione di una norma di legge nazionale contrastante con il diritto dell'Unione mantiene la sua naturale validità ed efficacia.

Infatti, il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario non va considerato nullo, ai sensi dell'art. 21-septies l. 241/1990 per difetto assoluto di attribuzione, ma semplicemente annullabile,

“sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo (Consiglio di Stato Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874)”.

La seconda riguarda il tema delle concessioni demaniali marittime.

Il T.A.R. richiama la Sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016 che ha precisato che:

-) le concessioni riguardano un diritto di stabilimento nell'area demaniale finalizzato a uno sfruttamento economico per fini turistico-ricreativi;

-) pertanto, esse rientrano, per loro stessa natura, nell'ambito dell'articolo 49 TFUE e della cd. direttiva Bolkenstein che è un atto di *“armonizzazione esaustivo”* in materia di libertà di stabilimento.

Quindi, le autorità pubbliche che intendano assegnare una concessione, pur non rientrante nell'ambito di applicazione della disciplina degli appalti pubblici (di derivazione comunitaria), *“sono tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato FUE, in generale, e il principio di non discriminazione, in particolare”*. Tali concessioni, infatti, sono comprese nel perimetro delle *“autorizzazioni”* (a esercitare un'attività economica in un'area demaniale) di cui alla direttiva 123/2006 (cd. direttiva Bolkenstein; v. Corte giustizia UE sez. V, n.458 del 14 luglio 2016).

In particolare, *“qualora la concessione presenti un interesse transfrontaliero certo, la sua assegnazione in totale assenza di trasparenza ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione*



aggiudicatrice” costituisce una non consentita “disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione”.



Civile

La pillola di diritto dell'11 marzo 2020

#pactumfiduciae #forma #sezioniunite
 #2932cc

Cassazione civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 6459 del 6 marzo 2020

Si segnala questa importante pronuncia delle Sezioni Unite sulla efficacia e sulla forma del *pactum fiduciae* che imponga il (ri)trasferimento di un immobile dal fiduciario al fiduciante.

L'inquadramento del fenomeno fiduciario

La Corte opera, innanzitutto, una ricognizione delle molte manifestazioni del negozio fiduciario.

Esso “*dà luogo ad un assetto di rapporti sul piano obbligatorio in forza del quale il fiduciario è tenuto verso il fiduciante a tenere una certa condotta nell'esercizio del diritto fiduciariamente acquistato*” e più che come una fattispecie unitaria, si presenta come “*una casistica*”.

Limitandosi al caso in cui il *pactum fiduciae* si articola mediante l'intestazione di un bene immobile al fiduciario, lo scopo negoziale può essere perseguito mediante un atto di alienazione dal fiduciante al fiduciario, ma anche mediante un acquisto compiuto dal fiduciario in nome proprio da un terzo con denaro fornito dal fiduciante. In alcuni casi, poi, non v'è un vero e proprio effetto traslativo in quanto “*manca del tutto un atto di trasferimento, perché il soggetto è già investito ad altro*

titolo di un determinato diritto, e il relativo titolare, che sino a un dato momento esercitava il diritto nel proprio esclusivo interesse, si impegna a esercitare le proprie prerogative nell'interesse altrui, in conformità a quanto previsto dal pactum fiduciae (cd. fiducia statica)”.

Parimenti, la funzione del negozio fiduciario può essere varia. Può trattarsi di un patto riconducibile alla **fiducia cum amico** allorché l'intestazione del bene è “*funzionale alla realizzazione di una detenzione e gestione del bene nell'interesse del fiduciante ed in vista di un successivo ulteriore trasferimento della titolarità, allo stesso fiduciante o a un terzo*” o alla **fiducia cum creditore** quando il debitore trasferisce la proprietà di un bene al fiduciario, creditore, a garanzia del diritto di credito, con l'impegno del fiduciario a ritrasferire il bene al fiduciante, se questi adempie regolarmente al proprio debito; in tale ultimo caso, occorre verificare che non si tratti di un contratto che consenta di eludere il divieto del patto commissorio (2744 c.c.).

In dottrina e giurisprudenza, si sono elaborate diverse ricostruzioni della struttura causale del negozio fiduciario, riconducibili alle seguenti teorie:

1. **negozio unico caratterizzato da una causa fiduciaria interna** (*l'effetto obbligatorio non costituisce un limite dell'effetto reale, ma si trova con esso in un rapporto di interdipendenza, non già nel senso di corrispettività economica, ma nel senso che l'attribuzione patrimoniale è il mezzo per rendere possibile al fiduciario quel suo comportamento in ordine al diritto trasferitogli: l'effetto obbligatorio rappresenta*

dunque la causa giustificatrice dell'effetto reale);

2. **singoli negozi tipici con causa propria** nel quale la fiducia rileva a livello di motivi o di determinazione accessoria di volontà;
3. **fattispecie di collegamento negoziale** (tra contratto traslativo e patto fiduciario) nel quale la *causa fiduciae* esprime e dà corpo al collegamento tra i due contratti.

La giurisprudenza ha, altresì fatto ricorso alla figura del **negozio indiretto**: un negozio, cioè, con cui le parti perseguono risultati diversi da quelli tipici del negozio impiegato, e corrispondenti a quelli di un negozio diverso. Il *pactum fiduciae* prevede, appunto, che il negozio, pur realmente voluto dalle parti, venga attuato in vista di un **fine pratico diverso da quello suo tipico**, e corrispondente in sostanza alla funzione di un negozio diverso. L'intestazione fiduciaria di un bene, in questa ottica, comporta un vero e proprio trasferimento in favore del fiduciario, limitato però dagli obblighi stabiliti *inter partes*, compreso quello del trasferimento al fiduciante, in cui si ravvisa il contenuto del *pactum fiduciae*.

L'ampia ricostruzione non conduce, tuttavia, la Corte a optare per l'una o per l'altra teoria poiché la questione non rileva nel caso di specie.

Il problema della forma del pactum fiduciae

La questione che le Sezioni Unite sono chiamate a risolvere, infatti, riguarda

l'efficacia di un *pactum fiduciae* meramente verbale pur se relativo al trasferimento di un bene immobile.

Le due tesi

Secondo **la tesi prevalente**, l'art. 1351 c.c. - che sancisce la nullità del contratto preliminare se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo - esprime un principio generale per i contratti preparatori applicabile anche al *pactum fiduciae*.

In sostanza, *“si riconosce l'esistenza di un collegamento tra l'art. 1351 e l'art. 2392 cod. civ., nel senso che, riferendosi l'art. 2392 cod. civ. a tutti i contratti produttivi di un obbligo a contrarre, anche l'art. 1351 cod. civ. dovrebbe estendersi a tutti i contratti che obbligano i contraenti a stipulare un ulteriore negozio formale, con la conseguenza che la norma non riguarderebbe soltanto il contratto preliminare, ma ogni negozio fonte di successivi obblighi a contrarre, e tra questi il patto fiduciario”*.

La tesi in esame esclude che un patto verbale possa fondare l'obbligo al ritrasferimento e anche che l'eventuale dichiarazione scritta unilaterale con cui il fiduciario si obblighi al ritrasferimento possa valere a tal fine; una simile dichiarazione, infatti, non costituisce né elemento integrante il contratto né - quand'anche contenga il preciso riferimento ad un contratto concluso per iscritto - una valida prova del medesimo.

Secondo un opposto **indirizzo minoritario** la dichiarazione unilaterale, in quanto volta ad attuare il patto fiduciario preesistente, ha, invece, una propria "dignità", che la rende idonea a costituire autonoma fonte

dell'obbligazione del promittente, purché contenga la chiara enunciazione dell'impegno e del contenuto della prestazione. **L'impegno, pur nato unilaterale, ha una propria dignità atta a costituire fonte di obbligazioni** in quanto è volto ad attuare l'accordo fiduciario preesistente: *“la fiducia è la causa dell'intera operazione economica posta in essere, che si articola in diversi negozi giuridici e che colora di liceità e di meritevolezza l'impegno di ritrasferimento assunto [dal fiduciario] con la sottoscrizione del suo impegno unilaterale”* (Cass., Sez. III, 15 maggio 2014, n. 10633).

La scelta delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite, pur confermando l'efficacia del patto fiduciario verbale, si discostano dal descritto orientamento minoritario quanto alla centralità della dichiarazione scritta unilaterale con cui il fiduciario si impegna a ritrasferire il bene; a essa è attribuito un rilievo meramente probatorio nel senso che non costituisce fondamento dell'obbligo restitutorio, ma determina la presunzione fino a prova contraria dell'esistenza del rapporto fondamentale (il *pactum fiduciae*), presunzione che può essere vinta dalla prova contraria eventualmente fornita dal fiduciario-promittente.

L'analogia con il mandato senza rappresentanza

Il ragionamento delle Sezioni Unite si dipana dai principi affermati nella Sentenza n. 20051

del 2013 della sez. III in tema di forma e di efficacia del **mandato senza rappresentanza all'acquisto di un immobile**.

In quell'occasione, si è ribadito che la forma scritta - richiesta a pena di nullità per gli atti relativi a diritti reali su beni immobili per esigenze di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto - è in base agli art. 1350, 1351, 1392 e 1706 c.c. richiesta per la procura conferita dal mandante al mandatario, per il contratto preliminare o definitivo concluso da mandatario a nome del mandante o proprio, e, in questo secondo caso, per il conseguente atto volto a ritrasferire il bene al mandante, la mancanza del quale può essere supplita dall'esecuzione forzata in forma specifica.

Si è, tuttavia, statuito - ed è ciò che maggiormente rileva nel caso di specie - che **la forma scritta non può considerarsi imposta anche per il contratto di mandato in sé**, perché da questo deriva soltanto, tra mandante e mandatario, l'obbligazione di eseguire il mandato, la cui mancata conforme esecuzione lo espone unicamente a responsabilità per danni. Per converso, una volta che il mandatario abbia effettuato l'acquisto, l'esecuzione in forma specifica dell'obbligazione di ritrasferire il bene al mandante può trovare fondamento nell'atto unilaterale, redatto anche successivamente al detto acquisto, con cui il mandatario riconosca il suo obbligo di farlo, quante volte l'atto contenga l'indicazione del bene, del prezzo e della causa del contratto, o che gli stessi consenta di individuare anche

"per relationem".

Ebbene, anche nel *pactum fiduciae*, come nel mandato senza rappresentanza, si realizza un'interposizione reale del soggetto che abbia acquistato un bene utilizzando la provvista di altri e per seguire le istruzioni ricevute. Non v'è ragione, quindi, di applicare principi diversi da quelli affermati nella citata Sentenza n. 20051 del 2013.

Le differenze con il contratto preliminare

È, invece, negata la stretta analogia tra contratto preliminare e *pactum fiduciae* che giustificerebbe l'applicazione della medesima disciplina. Si afferma che - al di là della somiglianza legata al fatto *che anche nel pactum fiduciae, come nell'obbligo nascente dal contratto preliminare, è ravvisabile un momento iniziale con funzione strumentale rispetto ad un momento finale* - la causa e la struttura delle due fattispecie sono differenti.

Nel preliminare, si rileva, "*l'effetto obbligatorio è strumentale all'effetto reale, e lo precede; nel contratto fiduciario l'effetto reale viene prima, e su di esso s'innesta l'effetto obbligatorio, la cui funzione non è propiziare un effetto reale già prodotto, ma conformarlo in coerenza con l'interesse delle parti*".

L'obbligo nascente dal contratto preliminare si sostanzia nella prestazione del consenso funzionale alla conclusione di un contratto causale tipico (quale la vendita), con la conseguenza che il successivo atto traslativo è qualificato da una causa propria ed è perciò improntato ad una funzione negoziale tipica; "*diversamente, nell'atto di trasferimento del fiduciario - analogamente a quanto avviene nel mandato senza rappresentanza (art. 1706, secondo*

comma, cod. civ.) - si ha un'ipotesi di pagamento traslativo, perché l'atto di trasferimento si identifica in un negozio traslativo di esecuzione, il quale trova il proprio fondamento causale nell'accordo fiduciario e nella obbligazione di dare che da esso origina".

La diversità strutturale delle fattispecie consente di applicare al *pactum fiduciae* i principi elaborati per il mandato senza rappresentanza con conseguente inapplicabilità dell'art. 1351 c.c. **che, negando il principio di libertà delle forme, si caratterizza come norma eccezionale**, insuscettibile, quindi, di applicazione analogica.

In entrambi i casi (mandato senza rappresentanza e *pactum fiduciae*), il contratto ha una **struttura debole in quanto il requisito della forma non integra la fattispecie** che sorge purché esistano i tre elementi dell'accordo, della causa e dell'oggetto. In simili casi, il principio della libertà della forma impone che non sia necessaria la forma scritta e che l'obbligo sia coercibile anche se manchi la forma scritta.

La libertà delle forme del pactum fiduciae e il valore della dichiarazione unilaterale di impegno a ritrasferire il bene

La forma scritta, è, quindi, richiesta per gli atti che trasferiscano l'immobile, ma non per la costituzione dell'obbligo - meramente interno tra fiduciario e fiduciante - di ritrasferirlo.

L'accordo concluso in tal senso solo verbalmente costituisce una valida "*fonte dell'obbligo del fiduciario di procedere al successivo*

trasferimento al fiduciante anche quando il diritto acquistato dal fiduciario per conto del fiduciante abbia natura immobiliare. Se le parti non hanno formalizzato il loro accordo fiduciario in una scrittura, ma lo hanno concluso verbalmente, potrà porsi un problema di prova, non di validità del pactum”.

Come si è accennato, l'indirizzo minoritario sopra descritto, a cui pure le Sezioni Unite aderiscono sul piano degli esiti, quindi, è corretto nel senso che **la dichiarazione unilaterale scritta valga su un piano esclusivamente probatorio – analogamente a quanto avviene in presenza di una promessa di pagamento - e non, invece, a integrare la validità di una fattispecie che si perfeziona anche all'esito di un mero accordo verbale.**

Del resto, osserva la Corte, la *fiducia cum amico* di rado approda a una formalizzazione scritta degli obblighi del fiduciario in quanto tale formalità sembra negare la stessa fiducia alla base dell'operazione “*dal punto di vista della morfologia del fenomeno empirico*” (se ci si fida, non c'è bisogno di scrivere alcunché).

L'applicabilità dell'art. 2932 c.c.

Infine, si ribadisce che l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto di cui all'art. 2932 c.c. è applicabile “*non solo nelle ipotesi di contratto preliminare non seguito da quello definitivo, ma anche in qualsiasi altra fattispecie dalla quale sorga l'obbligazione di prestare il consenso per il trasferimento o la costituzione di un diritto, sia in relazione ad altro negozio, sia in relazione ad un atto o fatto dai quali detto obbligo possa discendere ex lege*”. Non vi sono, quindi,

ragioni per negare l'applicazione del rimedio anche al caso dell'obbligo di ritrasferimento del bene immobile derivante dal *pactum fiduciae*.

I principi di diritto

La Corte afferma, quindi, i seguenti principi di diritto:

- I. “*per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta ad substantiam; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario*»;
- II. «*la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 cod. civ., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della contra se pronuntiatio, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria*”.



Penale

La pillola di diritto del 19 marzo 2020

#infortuniosullavoro #formazione dellavoratore
#colpa #omissione #informazione sicurezza

Cassazione penale, sez. I, Sentenza n. 9049 del 6 marzo 2020

Due lavoratori impegnati nell'utilizzo di un complesso macchinario destinato alla posa del calcestruzzo, commettono una fatale negligenza nella sua manutenzione che determina la morte di uno dei lavoratori e delle serie lesioni all'altro.

L'ampia motivazione dà conto di come i due dipendenti fossero stati espressamente formati sull'uso di un macchinario simile, ma molto meno potente e complesso, negli anni addietro e che, nei primi giorni di utilizzo del nuovo macchinario, siano stati affiancati da un "addestratore" dell'azienda che ha prodotto il macchinario medesimo.

La Corte afferma che la specifica attività di **informazione al lavoratore sui rischi corsi nell'ambiente di lavoro e prevista dagli artt. 36 e 37 del d.lgs. 81/2008 deve essere espressa, specifica e affidata a chi abbia la qualifica di formatore per la sicurezza.**

Pertanto, l'affiancamento dei lavoratori con un tecnico dell'azienda produttrice per pochi giorni e con una finalità meramente esplicativa degli aspetti tecnici del funzionamento del macchinario non è idoneo a tenere indenne il datore di lavoro per le conseguenze derivanti, appunto, dalla mancata informazione sui rischi connessi

all'utilizzo di quel particolare macchinario.

Parimenti, la descritta attività informativa *non è surrogabile dal bagaglio di conoscenza* del lavoratore, formatosi per effetto dell'esperienza operativa, o per il travaso di conoscenza che comunemente si realizza nella collaborazione tra lavoratori, anche posti in relazione gerarchica tra di loro.

Le stesse modalità della vicenda, rileva la Corte, dimostrano come i lavoratori fossero del tutto inconsapevoli della pericolosità connessa alla mancata esecuzione di tutte le procedure previste per la manutenzione del nuovo macchinario. Tale ultima considerazione vale a ritenere sussistente **il rapporto di causalità tra omissione colposa delle informazioni dovute ed evento dannoso** e tanto alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica (si cita la nota **Sentenza SS.UU. n. 30328 del 10 luglio 2002**) basato su un giudizio controfattuale. In particolare, si è accertato che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

La negligenza dei due lavoratori, peraltro, non elide la responsabilità datoriale in quanto, da un lato, si è trattato di un comportamento (colposo, ma) del tutto coerente con le mansioni attribuite (cd. occasionalità necessaria) e, dall'altro, essa è dipesa dalla colpa del datore di lavoro che



non ha fornito le dovute informazioni sui rischi.

Il datore di lavoro che non adempie agli obblighi di informazione e formazione gravanti su di lui e sui suoi delegati risponde, infatti, *“a titolo di colpa specifica”*, dell'infortunio **dipeso dalla negligenza del lavoratore il quale, nell'espletamento delle proprie mansioni, realizza condotte imprudenti, “trattandosi di conseguenza diretta e prevedibile della inadempienza degli obblighi formativi”**.