



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 1 - NUMERO 9 - OTTOBRE 2020

Editoriale:

- **Amministrativo:** *Il miraggio della leale collaborazione ed i possibili rimedi*
di Arcangelo Monaciluni

Approfondimenti:

- **Civile:** *Spunti sulla prelazione del promotore nella finanza di progetto ex. art. 183 D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50*
di Massimo Marasca
- **Penale:** *Le misure di prevenzione: evoluzione tra garanzie convenzionali e costituzionali.*
di Maura Operetto

Schede di Giurisprudenza

- **Civile:** *La lesione dell'affidamento del privato ingenerato da comportamenti della pubblica amministrazione è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.*
di Martina Gallucci
- **Penale:** *Applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori*
di Antonio Grieco
- **Amministrativo:** *Limiti e presupposti dell'art. 38 T.U. Edilizia: l'Adunanza Plenaria delimita la portata della c.d. fiscalizzazione degli abusi.*
di Mario Crispino

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro



Sommario

SOMMARIO..... 2

Editoriale 5

Il miraggio della leale collaborazione e i possibili rimedi. 6

APPROFONDIMENTI 12

CIVILE 13

Spunti sulla prelazione del promotore nella finanza di progetto ex art. 183 co 15 d.lgs. 18 aprile 2016 n.5013

PENALE 21

Le misure di prevenzione: evoluzione tra garanzie convenzionali e costituzionali..... 21

 Misure di prevenzione: uno sguardo d’insieme..... 21

 La vicenda De Tommaso e le sue ripercussioni sul diritto interno 22

SCHEDE DI GIURISPRUDENZA 30

CIVILE 31

La lesione dell’affidamento del privato ingenerato da comportamenti della pubblica amministrazione è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario..... 31

 Cassazione Civile, Sezioni Unite ord. n. 8236, 28 aprile 2020..... 31

 Fatto..... 31

 Normativa di riferimento:..... 32

 Inquadramento..... 34

 Soluzione 39

PENALE 40

Applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori..... 40

 È applicabile la disciplina sugli interessi usurari agli interessi moratori? 40

 Fatto..... 40

 Normativa di riferimento..... 41

 Inquadramento..... 43

 Soluzione 47

AMMINISTRATIVO 51

Limiti e presupposti dell'art. 38 T.U. Edilizia: l'Adunanza Plenaria delimita la portata della c.d. fiscalizzazione degli abusi..... 51

 Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 17 del 2020..... 51



Fatto.....	51
Normativa di riferimento.....	52
Inquadramento.....	53
Soluzione	59
PILLOLE DI DIRITTO	61
Civile	62
La pillola di diritto del 05.10.2020.....	62
La prova del danno nelle obbligazioni di diligenza professionale.....	62
#obbligazionidirisultato #obbligazionidimezzi	62
Corte di Cassazione, sez. III civile, ord. n. 13867 del 6.7.2020	62
Penale	64
La pillola di diritto del 7.9.2020.....	64
Bancarotta fraudolenta documentale e occultamento e distruzione di documenti per evadere il fisco: specialità reciproca e ne bis in idem.....	64
#nebisinidem #bancarottadocumentale #reatifiscali.....	64
Corte di Cassazione, sez. V penale, Sentenza n. 22486 del 24.07.2020	64
Amministrativo	66
La pillola di diritto del 16.10.2020.....	66
La chiusura degli hotspot non compete al Presidente della Regione	66
#poteriStatoeRegioni #hotspot #migranti #Covid19 #emergenzasanitaria	66
T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, Sentenza n. 1952 del 25.09.2020.....	66
La legittimazione degli enti esponenziali.....	66
Sull’interesse a ricorrere.....	66
La competenza statale in materia di hotspot	67

Anno 1, n. 8, agosto-settembre 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 Parthenope*

Gianluca Di Vita – *Magistrato amministrativo, Consigliere del T.A.R. Campania*

Massimo Marasca – *Magistrato ordinario “fuori ruolo” presso il MIT*

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 Carrozzo – *Magistrato in tirocinio*

Pio Cerase – *Magistrato in tirocinio*

Carlo Gabutti – *Magistrato in tirocinio*

Chiara Martello – *Magistrato in tirocinio*

Giannicola Paladino – *Magistrato in tirocinio*

indirizzo redazione

Via Santa Lucia 15, Napoli

T. +39 – 3479966161

pennadeldiritto@gmail.com



Editoriale

Il miraggio della leale collaborazione e i possibili rimedi.

di Arcangelo Monaciliuni

Nel corso di quest'anno mi sono occupato dei rapporti fra Stato e Regioni in più scritti.

In tutti, ad incipit, la constatazione che l'evolversi del "diritto dell'emergenza", quale posto e quale (spesso dis)applicato, appariva galoppare di gran passo verso un precipizio istituzionale senza precedenti, tale da riportare alla mente l'immagine della parabola dei ciechi di Brueghel il Vecchio.

Sopravvenuta, purtroppo, la (preannunciata) seconda fase dell'epidemia che ha sconvolto le nostre vite, devo amaramente constatare che in quel precipizio siam caduti.

Heri dicebo (in "[Il potere di ordinanza nell'era Coronavirus](#)", in "[Lo ius \(mal\) positum non ricompone le fratture fra Stato e Regioni](#)" ed in "[La parabola dei ciechi](#)", rispettivamente in Calamus iuris del 24 marzo, del 2 aprile e del 14 aprile

2020) ed oggi ripeto, che purtroppo le Istituzioni locali, per contrastare (oggi la seconda fase del)l'epidemia nei propri rispettivi territori non esitano a dettare norme non solo in ordine sparso, ma, per quel che più vale, in aperto e ostentato "contrasto" con lo ius, quale positum dallo Stato nell'esercizio di quel potere straordinario unitario che risiede solo in capo a quest'ultimo.

Che già de iure condito, a Costituzione invariata -ove si sia in presenza di una dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 7, comma 1, lettera c, e dell'art. 24, comma 1, del d.l.vo 2 gennaio 2018, n. 1, ovvero di uno stato di emergenza di rilievo nazionale che non conosce confini, barriere interne, comunali o regionali, oltre a non conoscere nemmeno confini esterni- non sia dato dubitare della preminenza delle potestà statali è assunto ormai suffragato dalle conclusioni della giurisprudenza amministrativa. Ed invero "... in presenza di emergenze di carattere nazionale, pur nel rispetto delle autonomie costituzionalmente tutelate, vi deve essere una gestione unitaria della

crisi per evitare che interventi regionali o locali possano vanificare la strategia complessiva di gestione dell'emergenza...". Così in seno a Cons. Stato, sezione prima, parere n. 735/2020 del 7 aprile 2020, recepito integralmente dal d.P.R. del 9 aprile 2020, in G.U. n. 96 del 10 aprile 2020, recante l'annullamento straordinario dell'ordinanza n. 105 del 5 aprile 2020 del sindaco del comune di Messina che "chiudeva" lo stretto di Messina. E così, in tali sostanziali sensi, in sede giurisdizionale (cfr. Tar Calabria, Catanzaro, n. 841 del 9 maggio 2020 e Tar Sicilia, Palermo, n. 1952 del 29 settembre 2020).

A latere, la preminenza delle potestà statali in era Covid è stata espressamente sancita -recte: definita in apposita cornice giuridica- dalla legge.

Ed infatti, (già) l'art. 3 del D.L. n. 19 del 25 marzo 2020, conv. in l. 22 maggio 2020, n. 35, nel dettare misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica in atto, ebbe a confinare il potere delle Regioni in quello di

introdurre misure solo "restrittive" e solo "nelle more dell'adozione dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ... in relazione a specifiche situazioni sopravvenute di aggravamento del rischio sanitario verificatesi nel loro territorio o in una parte di esso e senza incisione delle attività produttive e di quelle di rilevanza strategica per l'economia nazionale.", espressamente poi, nello stesso articolo 3, precludendo ai Sindaci l'esercizio di ogni potestà in materia "emergenziale".

Il legislatore dell'emergenza è poi reintervenuto in eadem res e, dopo aver in un primo momento conferito alle Regioni, "informandone contestualmente il Ministro della Salute", il potere di introdurre misure derogatorie, (ora) sia "ampliative" che "restrittive", rispetto a quelle disposte a livello centrale (art. 1, comma 16, del d.l. 33 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2020, n. 74), a mezzo dell'art. 1 del successivo, ultimo, d. l. 7 ottobre 2020, n. 125 ha circoscritto il potere regionale alle sole "misure restrittive", nel mentre per

quelle ampliative ha imposto la previa intesa con il Ministro della Salute.

Allo stato dell'arte, le Regioni sono quindi autorizzate ad introdurre per i rispettivi territori -direttamente, immediatamente e senza i limiti previsti dal primigenio dettato di cui all'art. 3 del D.L. n. 19 del 25 marzo 2020, conv. in l. 22 maggio 2020, n. 35- misure (maggiormente) restrittive rispetto a quelle imposte in sede nazionale.

Se non che, come accaduto per il passato in riferimento alle diverse pregresse previsioni, anche quest'ultima ha dato luogo ad applicazioni pratiche che appaiono eccedere rispetto al corretto significato da attribuirsi alla locuzione "misure restrittive", e segnatamente all'ambito della possibile esplicazione del potere di emanazione che difficilmente può essere inteso di ampiezza tale da ricomprendere misure in aperto contrasto con quelle poste a livello statale: ovvero, non finalizzate a "stringere maglie" già poste, ma ad introdurne di nuove, nel caso, come avvenuto nella recente vicenda della

"chiusura delle scuole in presenza" disposta dal Presidente della regione Campania, non solo non previste a livello nazionale, ma, apertamente e pubblicamente, ritenute dallo "Stato" non dovute, alla luce dei dati epidemiologici (ben noti anche quelli campani a livello centrale) e delle complessive "politiche" (scelte di fondo) demandate allo Stato.

E tanto, a sottacere che il diritto alla scuola (in presenza) costituisce diritto fondamentale, comprimibile con molta cautela solo a livello statale, ed a sottacere che il principio di leale collaborazione ha da valere per tutti.

E tanto ancora senza dimenticare lo sconcerto ed il disorientamento dell'opinione pubblica.

A rendermelo visivo è stata la risposta datami stamattina dalla persona che il lunedì viene a darci una mano in casa. Alla mia domanda su come avesse pensato di risolvere il problema dei figli (quattro di età molto diverse), mi ha guardato ed ha risposto: "Ma come, ho

sentito Conte in TV; il problema è stato risolto; andranno tutti a scuola”. Ecco, lei non si occupa di diritto, e quindi di riparto di competenze fra Stato e Regioni, di efficacia, inefficacia, nel caso sopravvenuta, degli atti amministrativi e così di seguito, ma di certo è rimasta attonita nel sentirsi dire che non era esattamente così.

Ma allora, raccogliendo le fila, mi chiedo se, in un processo di adattamento dello *ius positum* alle sopravvenienti esigenze di questa era emergenziale, non sia il caso di far luogo ad una ulteriore modifica dell’ordito normativo, sostituendosi il vigente “contestualmente”, di cui alla norma innanzi commentata, con un “preventivamente” ed imponendo tale obbligo (di previa informazione) in presenza di esercizio di potestà regionali sia ampliative che restrittive. Modifica da accompagnarsi con una previsione che subordini l’efficacia dei provvedimenti regionali al previo assenso dello Stato, nel caso per *silentium* da formarsi entro un termine ristrettissimo. In alternativa, sempre e solo in materie già oggetto di

misure antiepidemia emanate in sede nazionale, le competenze delle regioni, dei sindaci, delle aa.ss.ll., e ancora scendendo per li rami, potrebbero essere ricondotte in un alveo di discrezionalità solo tecnica, esclusa quella amministrativa, declinando in tali modi i principi di sussidiarietà in era Covid.

Non mi sfugge che le proposte cui ho fatto fin qui cenno potrebbero offrire il fianco a qualche obiezione/perplessità. Non mi sfugge, ma io ritengo possano superare il vaglio critico e, soprattutto, non mi sfugge che se non si pone termine alla babele delle lingue, degli interventi normativi, alla loro sovrapposizioni, se ciascuno non si assumerà le proprie responsabilità, non scaricandole sui livelli, superiori o inferiori che siano (son di stamattina le contestazioni dei sindaci all’ultimo d.PCM nella parte in cui affida loro la potestà di imporre “coprifuochi parziali” di vie e piazze dalle 21) dal precipizio in cui siamo affondati non ci rialzeremo.

Prima di chiudere, mi vien fatto di allargare un po’ il discorso, pur sempre

restando in tema.

In questi giorni tormentati, mi sto interrogando sempre più di frequente, in concomitanza con le evenienze che mi inducono a ripensarvi, se sia percorribile -sempre per i provvedimenti aventi ad oggetto misure di contrasto dell'epidemia e finchè perdurerà lo stato di emergenza- la via di una sospensione della tutela cautelare monocratica, affidata, ex art. 56 c.p.a., ai Presidenti dei T.T.AA.RR., per far luogo direttamente, da remoto, a quella collegiale ex art. 55.

La tutela cautelare monocratica già oggi si dispiega per gran parte da remoto, nel senso che redazione, emanazione e pubblicazione dei decreti presidenziali non impongono la presenza in sede, che certo può esservi, ma -in diritto- può mancare ed -in fatto- non di rado manca.

Ma se così è, e se è vero come è vero che la giustizia amministrativa ha mostrato in questi mesi di poter funzionare efficacemente da remoto, assicurando anche il corretto svolgimento delle udienze pubbliche in tale modalità, non

si rinvengono ragioni che si frappongano al percorso qui delineato.

E' ben noto che i provvedimenti in era coronavirus hanno efficacia del tutto limitata nel tempo, di tal che quasi sempre la stessa (efficacia) viene a cessare in tempi antecedenti alle udienze camerale, fissate a cadenza quindicinale. Corollario a questo dato di fatto è che “... il controllo giurisdizionale appare destinato ad esaurirsi con la tutela cautelare provvisoria assicurata da decreti presidenziali monocratici dei Presidenti dei Tribunali Amministrativi Regionali, nel mentre la fase del merito, se non anche quella della tutela cautelare collegiale, sarà –naturaliter, stante lo spirare degli effetti delle misure- destinata ad esser definita con pronunce in rito di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, fatti salvi, ex art. 34, comma 3, c.p.a., improbabili casi in cui avesse a potersi ravvisare il perdurare dell'interesse ai fini risarcitori” (così già nel sopra cit. “lo ius (mal) positum non ricomponne le fratture fra Stato e Regioni”).

Ed allora, perché non porre rimedio? Una volta che oggi lo strumentario tecnico è stato rodato ed ha funzionato perché non utilizzarlo? Questo mio contributo non sottende assolutamente una sorta di mancanza di fiducia per il monocratico (ben lungi il pensiero da me), ma di certo coglie i lati positivi del potersi far luogo ad un vaglio collegiale con possibilità di emanazione di una “sentenza breve”: a vista. Il che non è cosa da poco conto. Va da sé che la temporanea sospensione della tutela monocratica richiesta in relazione ai provvedimenti di cui qui stiamo trattando avrebbe ad esser prevista, ed a maggior ragione, ove l’acuirsi dell’epidemia

imponesse il ritorno generale alle udienze da remoto.

Certo, non ignoro i profili procedurali e pratici da superare, pur in presenza della tecnologia.

Ma son certo, senza qui appesantire oltre il discorso, che possono essere superati e consentire al giudice amministrativo di dare ancora una volta prova della sua efficienza e della sua capacità di rendere giustizia piena in tempi reali.



Approfondimenti

CIVILE

Spunti sulla prelazione del promotore nella finanza di progetto ex art. 183 co 15 d.lgs. 18 aprile 2016 n.50

di Massimo Marasca

Con la recente modifica intervenuta con il Decreto Legge n. 76 del 16 luglio 2020 (articolo 8, comma 5) è stato esteso l'ambito applicativo project financing ad iniziativa privata anche alle opere pubbliche inserite negli strumenti di programmazione formalmente approvati dalla pubblica amministrazione aggiudicatrice.

Si è raggiunta così una duplice finalità positiva: da un lato si attua il principio di libera concorrenza prevedendo nuove aree di contendibilità tra i privati; dall'altro quello di assicurare una complessiva ed efficiente gestione anche degli interventi programmati con finanziamenti interamente a carico dei privati.

Le nobili finalità della novella legislativa sono, però, messe a rischio dalla permanenza del diritto di prelazione in favore del soggetto promotore.

In base all'art.183 comma 15 del 18 aprile 2016 n.59 il promotore può infatti accaparrarsi la commessa pubblica semplicemente eguagliando l'offerta dell'aggiudicatario, che in seguito a ciò è estromesso dalla gara e ristorato delle spese dell'offerta.

L'art. 183 co 15 è, infatti, disposizione che si presenta monca, anomala, incoerente con l'estensione scaturente dall'art.8, comma 5 del dlgs 16 luglio 2020, nonché difficilmente compatibile con il diritto comunitario, economicamente sconveniente e perfino dannosa.

Quanto alle carenze, si evidenzia, innanzitutto, come la disciplina del diritto di prelazione non regoli l'ipotesi in cui vengono presentate più proposte per un medesimo lavoro o opera. Lacunosa è anche la disciplina dei contenuti del bando di gara, che si limita a sancire l'indicazione del diritto di prelazione di cui gode il promotore all'interno del bando. Si segnala, inoltre, l'assenza di limiti temporali alla presentazione delle offerte, venuti meno con la recente modifica intervenuta con il Decreto Legge n. 76 del 16 luglio 2020 :



secondo l'Anac¹ una simile omissione può agevolare condotte opportunistiche o speculative da parte degli operatori economici che, una volta presentata l'offerta, acquisiscono il diritto di prelazione.

Quanto alle anomalie e all'incoerenza, il diritto di prelazione attribuito dal codice dei contratti pubblici al promotore ha, in effetti, delle connotazioni decisamente peculiari rispetto agli altri casi di prelazione legale previsti dal Codice civile. Il diritto di prelazione² consiste nel diritto di essere preferiti ad altri nella conclusione di un contratto; le parti possono stabilirlo convenzionalmente (prelazione volontaria) o, in altri casi, è previsto dalla legge (prelazione legale), con garanzie più preganti a favore del prelazionario.

La prelazione convenzionale attribuisce un diritto di credito o un diritto potestativo, mentre la prelazione legale attribuisce un diritto reale. La prelazione legale presenta i seguenti caratteri:

- ha fonte nella legge³,

- ha efficacia reale,
- è opponibile ai terzi,
- attribuisce al prelazionario il diritto di riscatto o retratto.

Per l'esercizio del diritto di prelazione è necessaria la c.d. denuntiatio: si tratta della dichiarazione con cui il concedente comunica al prelazionario l'intenzione di concludere il contratto alle medesime condizioni del terzo offerente.

Il diritto di prelazione di cui all'art. 183 co 15 del codice dei contratti pubblici ha connotazioni non compatibili con la disciplina generale succintamente

-
- il retratto successorio (art. 732 c.c.) comunemente noto come "prelazione ereditaria";
 - la prelazione a favore dei conduttori degli immobili non ad uso abitativo, anche detta "prelazione urbana" (art. 38 legge 392/1978) e ad uso abitativo (art. 3 c. 1 lett. g, legge 431/1998 che richiama gli artt. 38, 39 legge 392/1978);
 - la prelazione a favore del coltivatore diretto e del confinante, nota come "prelazione agraria" (art. 8 legge 590/1965; art. 7 d. lgs. 228/2001);
 - la prelazione nell'impresa familiare (art. 230 bise.);
 - la prelazione a favore dello Stato nel caso di alienazione a titolo oneroso di beni di interesse storico, artistico e archeologico, anche detta "prelazione artistica" (art. 60 d.lgs. 42/2004);
 - la prelazione a favore dell'ente parco in caso di trasferimento a titolo oneroso della proprietà e diritti reali su terreni all'interno delle riserve e delle aree (art. 15 legge 394/1991);
 - la prelazione a favore dell'affittuario di azienda cinematografica (art. 20 d. l. 26/1994 convertito in legge 153/1994);
 - la prelazione su beni ecclesiastici (legge 222/1985).

¹ Parere del 4 agosto 2020, relativo alla riforma introdotta con il decreto semplificazioni numero 76 del 2020

² M. Ferrari Diritto di prelazione: la guida pratica in <https://www.altalex.com/guide/diritto-prelazione#par6>

³ Le ipotesi più note di prelazione legale sono le seguenti:

rammentata⁴.

Innanzitutto, si tratta di un diritto di prelazione che ha come oggetto una posizione di primato nell'ambito di una graduatoria pubblica di cui fanno previamente parte sia prelezionario che terzo, e non il subentro automatico in un diritto che il concedente ha intenzione di trasferire ad un terzo estraneo all'obbligo legale.

In secondo luogo, l'istituto della denuntiatio è sostituito de plano dalla ordinaria comunicazione dell'aggiudicazione della gara e l'unica formalità prevista a carico del prelezionario è la dichiarazione, entro il termine di quindici giorni dalla suddetta comunicazione, di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario, mentre il pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese sostenute dal terzo per la predisposizione dell'offerta è previsto dalla legge come obbligazione da adempiere successivamente all'esercizio del diritto di prelazione, senza la previsione di alcun termine di decadenza.

Va aggiunto che, in seguito alla novella intervenuta con Decreto Legge n. 76 del 16

luglio 2020 0si pone anche un problema di coerenza dell'istituto:il diritto di prelazione riguarda anche le opere oggetto dei programmi, che il promotore abbia inteso realizzare. Si tratta di opere in cui è preponderante l'interesse pubblico e che di privato hanno solo i capitali. In sostanza la prelazione è più coerente con le opere non previste dai programmi e che sono realizzate su iniziativa dei privati, i quali hanno evidentemente perseguono anche e soprattutto scopi propri nella realizzazione di un'opera di pubblico interesse. E' illogico attribuire la prelazione in relazione a opere per le quali il privato potrebbe non nutrire interesse.

La doglianza più significativa è quella relativa all'incompatibilità con il diritto comunitario. E' da segnalare che la problematica è stata denunciata più volte dalle autorità amministrative e dalle magistrature competenti, perché la prelazione in favore del promotore non è prevista dalle direttive comunitarie. In proposito il nostro legislatore ha assunto un comportamento ondivago e

⁴V. Tribunale Amministrativo Regionale Per L'Emilia Romagna, Sez. Di Parma, Sentenza 6 Marzo 2019, N. 58

contraddittorio⁵, rendendola un istituto dalla vita travagliata: ha dapprima introdotto il diritto di prelazione (dell'art. 7, comma 1, lett. bb), della l. 1° agosto 2002, n. 166 (anche detta “Legge Merloni quater”), lo ha modificato in ben due occasioni (l. 18 aprile 2005, n. 62- c.d. “Legge comunitaria 2004”; ald .lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il), abolito (con l'art. 1, comma 1, lett. r), d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (c.d. “Secondo correttivo” al Codice dei contratti pubblici), sulla spinta della Commissione europea che aveva avviato una procedura di infrazione (lettera di messa in mora del 19 dicembre 2002, parere motivato del 15-10-2003) e, infine, in seguito al rigetto della procedura d’infrazione per motivi processuali (sentenza CGE 21 febbraio 2008, C-412/04), lo ha reintrodotta con d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. “Terzo correttivo” al Codice dei contratti pubblici), ora confluito nell’art.183 codice dei contratti pubblici.

Nonostante le plurime modifiche legislative e il rigetto della procedura di infrazione per motivi processuali, rimangono profili di contrasto con il diritto comunitario così come denunciato dalla CGE, Commissione

Europea, dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, dall’AVCP e dall’ANAC (anche se quest’ultima ha però manifestato pareri altalenanti).

Sinteticamente si rammentano gli orientamenti assunti dalle citate autorità:

- Prima ancora della introduzione del diritto di prelazione, la giurisprudenza europea aveva affermato che, in base al principio di parità di condizioni tra tutti i concorrenti, all'amministrazione aggiudicatrice non era consentito prendere in considerazione modificazioni apportate all'offerta iniziale da un solo concorrente, che altrimenti sarebbe risultato avvantaggiato rispetto agli altri (CGUE, 25 aprile 1996, C-871994);
- l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha ritenuto che le disposizioni introdotte nel 2002, «a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla

⁵ A. Cancrini, V. Capuzza, LEZIONI DI LEGISLAZIONE DELLE OPERE PUBBLICHE, aracne editrice, pag. 354 e ss.

gara per l'individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione» (AVCP, ora ANAC, determinazione 16 ottobre 2002, n. 27);

- in data 15 ottobre 2003 la Commissione europea ha trasmesso al Governo italiano un parere motivato, come preavviso dell'avvio di una fase contenziosa, ai sensi dell'art. 226, comma 2, del Trattato CE, auspicando l'introduzione di una nuova disciplina che tenesse conto di due aspetti necessari: a) che fosse data preventiva conoscenza a tutti i potenziali interessati, fin dall'avvio della procedura e tramite adeguate forme di pubblicità, dei vantaggi legati alla qualifica di promotore; b) che fossero predeterminati i criteri, di natura obiettiva e non discriminatoria, in base ai quali l'amministrazione avrebbe potuto scegliere la proposta da mettere successivamente a gara;
- La sezione consultiva per gli atti

normativi del Consiglio di Stato con parere 1750 del 6 giugno 2007, relativo alla bozza del testo normativo di quello che sarebbe poi divenuto il decreto legislativo 113-07, aveva già caldeggiato l'abrogazione del diritto di prelazione, rilevando che essa "... Anche sul piano sostanziale e inopportuna perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia così di sottrarre di fatto la concorrenza questo importante istituto”;

- sempre la sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato con parere numero 2357 del 14/7/2008, reso sullo schema di decreto legislativo di modifica del decreto legislativo 163-06, aveva evidenziato che il diritto di prelazione non configurerebbe una violazione al principio della parità di trattamento tra i competitori ma una posizione qualificata, sottolineando, tuttavia, che l'istituto non è previsto dalle direttive comunitarie, introducendo un sistema di aggiudicazione non contemplato dal

diritto comunitario, e invitava il Governo a prendere in considerazione la possibilità di sopprimerlo;

- più di recente l'ANAC ha espresso pareri contrastanti. Nella delibera numero 867 del 17 ottobre 2018, riguardante un parere emesso ai sensi dell'articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 50-16, l'autorità ha rilevato che “il diritto di prelazione, riconosciuto dalla norma è del tutto in linea con il diritto europeo, poiché l'amministrazione riconosce tale facoltà solo a seguito dell'espletamento di una procedura di evidenza pubblica, avviata con la pubblicazione di un bando, con il quale tutti i soggetti vengono messi al corrente dell'esistenza di tale diritto riconosciuto in capo al soggetto proponente del progetto iniziale. Tale preventiva informazione concorrenti in ordine al diritto di prelazione pertanto da considerarsi ineludibile onere di trasparenza”. Diversamente si è espressa l'ANAC nel recentissimo parere del 4 agosto 2020, relativo alla

riforma introdotta con il decreto semplificazioni numero 76 del 2020, dove, con riferimento ai rapporti tra estensione dell'ambito applicativo della finanza di progetto e diritto di prelazione riconosciuto al promotore, ha affermato che “si ricorda che l'articolo 183, comma 16, prevedeva la possibilità per i soggetti in possesso dei requisiti del promotore di presentare una proposta nel caso di inerzia della pubblica amministrazione. Era, infatti, previsto un termine di sei mesi decorrenti dalla data di pubblicazione degli strumenti di programmazione per la presentazione di un'offerta (entro 4 mesi dalla scadenza del termine precedente), nel caso in cui l'amministrazione non avesse pubblicato i bandi di gara. L'Autorità segnala che poiché il soggetto che presentano offerta acquisisce un diritto di prelazione, l'assenza di qualunque termine rischia di favorire comportamenti opportunistici da parte degli operatori economici (ad esempio per il rinnovo delle concessioni) nonché collusivi tra

stazioni appaltanti e imprese”.

Si ritiene, dunque, che, ancorché la legislazione sia intervenuta per disciplinare gli aspetti di pubblicità della prelazione, vi sono aspetti di contrasto tra la disciplina nazionale del diritto di prelazione e il diritto comunitario: a) la procedura consente, infatti, al promotore di aggiudicarsi la concessione mediante il semplice adeguamento dell’offerta quella del concorrente risultato vittorioso, senza che ci sia alcuna competizione al riguardo; B) la procedura ammette il promotore alla procedura negoziata (cosiddetta seconda fase della finanza di progetto di iniziativa privata) a prescindere da ogni comparazione tra la sua offerta e quelle presentate dai partecipanti nella prima fase di gara. In sostanza la prelazione del proponente appare nettamente in contrasto con il diritto comunitario, poiché attribuisce a uno dei partecipanti alla procedura un’astratta posizione di vantaggio al promotore, senza alcuna verifica in concreto dell’offerta che pareggia quella dell’aggiudicatario e senza che sia stimolata la competizione tra i partecipanti.

I profili indicati incidono negativamente

anche su un piano più strettamente economico,. In particolare, come evidenziato dal CIPE nella relazione del 2007 relativa a PPP, Finanza di progetto e diritto di prelazione, la prelazione rappresenta “un disincentivo alla concorrenza cui conseguono risultati contrari allo spirito normativo agli obiettivi stessi del concetto di gara, ovvero l’ottimizzazione del procurement pubblico, il miglioramento qualitativo delle infrastrutture e degli standard di servizi, l’ottenimento del miglior rapporto costi-benefici per le singole amministrazioni con cedenti e conseguentemente per la spesa pubblica in generale”.

In conclusione appare inevitabile il rinvio pregiudiziale alla CGE ed è quanto meno auspicabile nelle more un intervento legislativo inteso ad abolire l’istituto o a modificarlo in modo da sollecitare la competitività⁶.

⁶Ad es reinserendo il dialogo competitivo previsto dall’art. 153 co 13 del dlgs 163/2006.

PENALE

Le misure di prevenzione: evoluzione tra garanzie convenzionali e costituzionali

di Maura Operetto

Misure di prevenzione: uno sguardo d'insieme

Le misure di prevenzione sono provvedimenti finalizzati ad evitare la commissione di reati da parte di soggetti ritenuti, a vario titolo, socialmente pericolosi.

Esse si distinguono dalle affini misure di sicurezza e dalle pene in senso stretto non tanto sotto il profilo funzionale – mirando tutte alla prevenzione sociale – quanto, piuttosto, sotto il profilo strutturale, dal momento che le prime prescindono dalla commissione di un reato (tanto da essere definite misure *ante* o *praeter delictum*).⁷

Per far fronte all'eccessiva stratificazione normativa della disciplina delle misure di prevenzione (affidata dapprima alla L. n.

1423/1956, poi alla L. n. 575/1965 integrata, a sua volta, dalla L. Rognoni-La Torre n. 646/1982 ed, infine, dalla L. c.d. Reale n. 152/1975) è emersa l'esigenza di dare organicità alla materia in esame.

Attualmente, il punto di riferimento della disciplina è il d.lgs n. 159/2011 (cd. Codice delle leggi antimafia) testo che, tuttavia, è ancora lontano dal dare corpo ad un armonico ed unitario sistema delle misure di prevenzione, costituendo una mera raccolta delle fonti antecedenti alla sua entrata in vigore.

Le misure di prevenzione si risolvono in forme di incapacitazione patrimoniale e personale che, come detto, prescindono dalla commissione di reati e si basano su meri sospetti o indizi di pericolosità.

Pertanto, sul punto sono emersi dubbi di legittimità costituzionale soprattutto con riguardo alle misure che restringono la libertà personale.

Tuttavia, la Corte Costituzionale ha, a più riprese, ritenuto compatibili i suddetti provvedimenti con gli artt. 2 e 13 Cost. in quanto la finalità preventiva rappresenta un *prius* rispetto a quella punitiva: l'art. 2 Cost., nel garantire i diritti inviolabili dell'uomo, impegna lo Stato a tutelarli già prima che

⁷GAROFOLI, *Manuale di diritto penale parte generale*, 2019, pag. 1443

vengano offesi.

Preso atto del *vulnus* alla libertà personale, la Consulta ha precisato che la legittimità delle misure di prevenzione è subordinata al rispetto della duplice riserva (di legge e di giurisdizione) nonché al rispetto del principio di proporzionalità.

La vicenda De Tommaso e le sue ripercussioni sul diritto interno

La legittimità delle misure di prevenzione, scrutinata dalla Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo in occasione della sentenza De Tommaso c. Italia del 23 febbraio 2017, è ancora oggi al centro di un acceso dibattito.

La Corte EDU ha, infatti, censurato il sistema italiano delle misure di prevenzione in ragione della non conformità dello stesso al principio di legalità convenzionale - *sub specie* di precisione, determinatezza e prevedibilità in concreto – che la Convenzione ed i suoi Protocolli impongono sia rispettato.

Le criticità evidenziate dalla Corte EDU hanno riguardato, da un lato, la precisa individuazione dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione ex art. 1, lett. a) d.lgs 159/2011 e, dall'altro, il contenuto delle

prescrizioni accessorie della sorveglianza speciale ex art. 8, comma 4 dello stesso decreto, la cui violazione integra il reato di cui all'art. 75 d.lgs 159/2011.

Con riguardo alla prima delle critiche mosse, la Corte ha ritenuto eccessivamente imprecise le norme - art. 1 lett. a) e b) d.lgs. 159/2011 – che individuano tra i destinatari della misura di prevenzione anche i soggetti cosiddetti “pericolosi generici” e cioè: a) *«coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»* e b) *«coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»*.

La Corte di Strasburgo ha sottolineato, a tal proposito, che “*né la legge né la Corte Costituzionale hanno individuato chiaramente le ‘prove fattuali’ o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione*”, ritenendo che la legge italiana non contenesse “*disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società*” (§117).

All'indomani della sentenza De Tommaso, la giurisprudenza interna ha tentato di

adeguare le disposizioni in parola al *dictum* della Corte di Strasburgo procedendo ad una lettura convenzionalmente orientata.

Svariate sono state le pronunce della Corte di Cassazione nel tentativo di conferire maggiore precisione alle due fattispecie di pericolosità generica disciplinate dall'art. 1, lett. a) e b) d.lgs. 159/2011.

In particolare, si è precisato che l'aggettivo "delittuoso" indica un'attività caratterizzata in termini di "delitto" e non di qualsiasi illecito escludendo, ad esempio, che "il mero status di evasore fiscale" sia sufficiente per l'applicazione della misura, dal momento che l'evasione tributaria può tradursi anche in un mero illecito amministrativo (*ex multis* Cass. sez. VI, 21 novembre 2017, n.53003).

In secondo luogo, la giurisprudenza ha chiarito che l'avverbio "abituamente" è espressione "di attività delittuosa (...) non episodica ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto" tale che connoti "in modo significativo lo stile di vita del soggetto, che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolmente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi" (Cass. sez. II, 15 marzo 2018, n.11846).

Ancora, i "traffici" delittuosi sono stati, in un caso, definiti come "qualsiasi attività

delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti" includendo, dunque, anche attività "che si caratterizzano per la spoliazione e l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili" (Cass. sez. II, 15 marzo 2018, n.11846); in altra occasione, invece, il termine è stato letto come "commercio illecito di beni tanto materiali quanto immateriali, o addirittura concernente esseri viventi, nonché a condotte lato sensu negoziali e intrinsecamente illecite, ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto (...) da cui sia derivata una qualche forma di provento" (Cass. sez. VI, 21 settembre 2017, n.53003).⁸

Inoltre, i "proventi" di attività delittuose sono stati interpretati nel senso di richiedere la "realizzazione di attività delittuose che (...) siano produttive di reddito illecito" (Cass. sez. I, 17 luglio 2015, n.31209).

Si è precisato, infine, che ad integrare gli "elementi di fatto" che fondano l'applicazione della misura non sono sufficienti i meri indizi.

Tali ricostruzioni ermeneutiche non hanno, però, incontrato il consenso di quella parte della giurisprudenza che, ritenendo ancora sussistente la lesione ai principi di

⁸ GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto penale*, Torino, 2019

prevedibilità, precisione e determinatezza richiesti dalla Corte EDU, ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle predette disposizioni per valutarne il contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost, in relazione all'art. 2 Prot. n.4 CEDU e con l'art. 25 Cost.

La Corte Costituzionale, con sentenza 27 febbraio 2019 n. 24, ha evidenziato che *“la riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta, infatti, che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) a) di una idonea base legale delle misure in questione e b) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia c) della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU.”*

In tale pronuncia la Consulta, prendendo atto dello sforzo ermeneutico compiuto dalla giurisprudenza di legittimità nel tentativo di fornire una lettura convenzionalmente orientata delle

disposizioni censurate, ha sottolineato che *“allorchè si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione”*.

Sulla base di questa premessa la Corte Costituzionale ha ritenuto che, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza De Tommaso, può considerarsi integrato il requisito della sufficiente precisione rispetto alla fattispecie ex art. 1, lett. b) d.lgs 159/2011.

Infatti, a parere della Corte, sono stati individuati i presupposti della misura che, dunque, troverà concreta applicazione di fronte a delitti commessi abitualmente (in un significativo arco temporale) dal soggetto, i quali abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui e che rappresentino l'unico reddito o, comunque, una componente significativa dello stesso.

Tuttavia, se rispetto all'art. 1, lett. b) d.lgs

159/2011 la Corte ha concluso per la sufficiente determinatezza, altrettanto non può dirsi con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 1, lett. a) dello stesso decreto, costituendo un *punctum dolens* della disposizione in esame le generiche e disomogenee definizioni di una nozione già di per sé vaga quale quella di “traffici delittuosi”.

Secondo la Corte, la disposizione in esame risulta “*affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza De Tommaso. Alla giurisprudenza, infatti, non è stato possibile riempire di significato certo e ragionevolmente prevedibile ex ante per l'interessato il disposto normativo in esame.*”

Ebbene, sottolineando la persistente compresenza dei due orientamenti – tra loro tutt'altro che congruenti – sul significato di “traffici delittuosi”, la Consulta ha taciuto di imprecisione la norma *de qua* ritenendola in contrasto non solo con l'art. 13 Cost. ma anche, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., con l'art. 2, Prot. n. 4 CEDU rispetto alle misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno.

L'art. 1, lett. a) del d.lgs. 159/2011 è stato, quindi, dichiarato incostituzionale.

Con riguardo alla seconda delle questioni affrontate nella sentenza De Tommaso, la Corte EDU ha condannato l'Italia per l'insufficiente determinatezza delle prescrizioni accessorie alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con o senza obbligo di soggiorno individuate dall'art. 8 del d.lgs. 159/2011 del *vivere onestamente e rispettare le leggi* - la violazione delle quali integra il reato proprio del sorvegliato speciale ex art. 75 del d.lgs. 159/2011.

A parere della Corte, la genericità della formulazione si pone in contrasto con l'art. 2 Prot. 4 CEDU, in particolare col principio di legalità-prevedibilità insito nel requisito dell'idonea base legale previsto dalla norma convenzionale.⁹

Già nel 2010, con sentenza 282, la Corte Costituzionale aveva tentato di tratteggiare con sufficiente determinatezza i confini della disposizione in parola sostenendo che le prescrizioni del *vivere onestamente e rispettare le leggi* non violassero il principio di legalità in materia penale, sia perché devono intendersi per “leggi” tutte le norme a carattere precettivo e non solo quelle la cui

⁹ FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019



violazione è sanzionata penalmente, sia perché l'obbligo di *vivere onestamente* va “collocato nel contesto di tutte le altre prescrizioni normative svolgendo un valore di mero monito rafforzativo privo di autonomo contenuto prescrittivo”, osservando, altresì, che “*per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce*”.¹⁰

Tuttavia, la Corte europea ha osservato che tale attività ermeneutica non è risultata, di fatto, risolutiva nel fornire indicazioni sufficienti per gli interessati, risolvendosi, al contrario, in un generico “*riferimento a tempo indeterminato all'intero ordinamento giuridico italiano, insuscettibile di fornire ulteriori chiarimenti sulle specifiche norme la cui inosservanza rappresenterebbe un ulteriore indizio del pericolo rappresentato dalla persona per la società*”. (§ 122)

¹⁰ Sul punto cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, pag. 75, in cui si sottolinea che “*la prescrizione di 'vivere onestamente', se valutata in modo isolato, appare di per sé generica e suscettibile di assumere una molteplicità di significati... Tuttavia, se è collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5 e se si considera che è elemento di una fattispecie integrante un reato proprio, il quale può essere commesso soltanto da un soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, essa assume un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di 'vivere onestamente' si concreta e si individualizza*”.

L'insegnamento dei giudici di Strasburgo è stato considerato dalla giurisprudenza decisivo nell'orientare la puntualizzazione giurisprudenziale espressa dalla sentenza Paternò (Cass. pen. Sez. Unite 27.04.2017 n. 40076).

In quella occasione al supremo Consesso viene sottoposto un quesito: “*se la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. cit., abbia ad oggetto anche violazioni delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi»*”.

La Cassazione veniva, dunque, posta di fronte alla scelta tra rispondere positivamente al quesito – non tenendo in considerazione quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte Europea –, rispondere negativamente – sollevando, di conseguenza, questione di legittimità costituzionale¹¹ – o procedere ad una lettura convenzionalmente conforme dell'art. 75, comma 2, d. lgs. 159/2011.¹²

¹¹ LASALVIA, “*Gutta cavat lapidem*”. L'insostenibile vaghezza dell'honeste vivere al vaglio delle Sezioni Unite, in *archivio penale web*, n.1, 2017, pag. 10

¹² Quest'ultima opzione va interpretata in un duplice senso: a) l'obbligo di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”, per risultare in linea con i principi di tassatività e determinatezza della norma penale, è solo quello riferibile alle leggi che prevedono sanzioni penali e amministrative

La Cassazione ha scelto quest'ultima strada, seppur disattendendo quanto espresso nella sentenza Sinigaglia¹³ e, cioè, escludendo la possibilità di restringere l'ambito applicativo della norma penale facendovi rientrare solo quelle condotte che sfociano nella commissione di reati o di gravi illeciti amministrativi e ciò per due ragioni: tale ricostruzione ermeneutica, da un lato, determinerebbe l'attribuzione al giudice penale di eccessiva discrezionalità e, dall'altro, non risolverebbe il *deficit* di determinatezza del reato di cui all'art. 75 d. lgs. 159/2011.¹⁴

La Suprema Corte, superando un orientamento monolitico teso a configurare il reato in questione nel caso di qualsiasi violazione di legge, ha osservato che solo una lettura tassativizzante della fattispecie *de qua* può renderla coerente con i principi costituzionali e convenzionali.

(sul punto cfr. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 4/2017, pag. 45, sulla scia dei principi espressi nella sentenza Sinigaglia, Sez. Un. 29 maggio 2014, n.329230); ovvero b) ritenere che le prescrizioni di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”, in ragione della eccessiva genericità della formulazione, non possano essere alla base del precetto penale ex art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011.

¹³ Sentenza Sez. Un. 29 maggio 2014, n.329230

¹⁴ BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d. lgs. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 10/2017, pag. 4 e ss.

Ad avviso delle Sezioni, l'obbligo di rispettare le leggi è formulato in termini talmente generici da risultare privo di qualsiasi contenuto precettivo e risolvendosi in un riferimento indistinto a tutte le leggi dello Stato.

Ebbene, l'indeterminatezza delle prescrizioni in esame è tale da impedire non solo la conoscibilità del precetto da parte del destinatario ma anche da parte del giudice ed, inoltre, si evidenzia che in una siffatta situazione di incertezza al sorvegliato speciale non viene riconosciuta la possibilità di conoscere e prevedere le conseguenze della violazione di tale prescrizione, e, dunque, di orientare la propria condotta in modo consapevole.

Sebbene la pronuncia delle Sezioni Unite abbia comportato una sostanziale abrogazione parziale in via esegetica del precetto penale di cui all'art. 75 d. lgs. 159/2011, il dibattito intorno alla fattispecie in questione non si è del tutto sopito al punto da spingere i giudici della seconda sezione della Cassazione a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Invero, la questione lasciata irrisolta è quella della compatibilità della fattispecie di reato di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011 con il principio di legalità in materia penale,

con riferimento all'esecuzione del giudicato penale di condanna ed alla rilevabilità ex art. 129 c.p.p. in caso di ricorso per Cassazione manifestamente infondato.

Il problema si è posto perché la mera *interpretatio abrogans* operata dalle Sezioni Unite se, da un lato, ha il pregio di aver risolto la questione rispetto ai giudizi pendenti, non è idonea a regolare le sorti dei c.d. fratelli minori di Paternò – cioè di coloro a cui è stata già inflitta una sentenza irrevocabile di condanna per lo stesso reato per il quale, invece, il predetto imputato è stato prosciolto alla luce del mutamento giurisprudenziale successivo alla sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia.

Pertanto, i giudici di legittimità hanno richiesto una sentenza di incostituzionalità dell'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011, che costituisce causa di revoca del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p., nonché rilevabile d'ufficio dalla Cassazione anche a fronte di ricorsi inammissibili.

La Corte Costituzionale - con sentenza n. 25/2019 - ha affermato che, sebbene già con la sentenza Paternò si sia escluso che l'inosservanza di prescrizioni così generiche da parte del sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno possa integrare l'incriminazione di cui all'art.

75, comma 2, d.lgs. 159/2011, solo una dichiarazione di illegittimità, assimilabile ad un'*abolitio criminis* potrebbe dispiegare analoghi effetti su ricorsi – ancorché infondati o inammissibili - già pendenti o definiti prima di quella pronuncia ai sensi, rispettivamente, degli artt. 129 o 673 c.p.p.

Per cui, superando quanto statuito dalla medesima Corte nel 2010, i giudici della Consulta – in coerenza con la pronuncia n. 24/2019 – hanno ritenuto che il canone della prevedibilità della condotta sanzionata, così come definito nella sentenza CEDU De Tommaso, costituisca oramai un approdo giurisprudenziale stabile, nonché diritto consolidato.

Del resto, ad avviso della Corte, la *ratio* delle misure di prevenzione – *id est*, l'esigenza di contrastare il rischio che siano commessi reati – è già soddisfatta dalle prescrizioni specifiche che il giudice può indicare e modulare quale contenuto della sorveglianza speciale.

Per tutto quanto considerato, la Consulta, con la richiamata sentenza n. 25/2019, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011, in relazione all'art. 117, comma 1 Cost. rispetto agli artt. 7 CEDU e 2 prot. 4 CEDU, nella parte in cui prevede come delitto la violazione delle

prescrizioni di *vivere onestamente e rispettare le leggi*.

Inoltre, la stessa Corte ha esteso la declaratoria di incostituzionalità anche al comma 1 dell'art. 75, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui prevede come contravvenzione la violazione degli obblighi inerenti alla

misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistenti nell'obbligo di *vivere onestamente e rispettare le leggi*.



Schede di Giurisprudenza

CIVILE

La lesione dell'affidamento del privato ingenerato da comportamenti della pubblica amministrazione è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

*Cassazione Civile, Sezioni Unite ord.
n. 8236, 28 aprile 2020*

di Martina Gallucci

Danno da lesione del legittimo affidamento e riparto di giurisdizione

Fatto

La vicenda trae origine da una tormentata interlocuzione tra una società di costruzioni e l'amministrazione comunale, caratterizzata da uno scambio continuo di dati, richieste, documenti, culminato dapprima in un'inerzia da parte della p.a., poi in un diniego dell'istanza avanzata.

Nel 2012, infatti, la società D.C. Costruzioni s.r.l. presentava un progetto preliminare di massima per la realizzazione di un complesso alberghiero, su un terreno di sua proprietà, al Comune di Lignano Sabbiadoro. Dopo aver presentato un Piano

Attuativo Comunale (PAC), su richiesta del Comune, iniziava un dialogo tra gli uffici dell'amministrazione comunale e la predetta società. Nel 2014 il Comune informava la D.C. Costruzioni s.r.l. del parere favorevole reso dalla Commissione urbanistica comunale. Pertanto, la società chiedeva il rilascio di un permesso di costruire, con domanda di deroga delle norme urbanistiche comunali, a fronte delle quali il Comune chiedeva integrazioni. Dopo un susseguirsi di contatti e integrazioni documentali, nell'ottobre del 2015 il Comune chiedeva un parere alla Regione Friuli Venezia Giulia sulla compatibilità tra il progetto della struttura alberghiera in questione e il PAIR (*Progetto di Piano stralcio per l'Assetto Idrogeologico dei bacini idrografici dei tributari della Laguna di Marano - Grado, ivi compresa la laguna medesima, del Torrente Stizza e del Levante*), alla cui stregua non era consentita la realizzazione di locali interrati o semi-interrati nella zona oggetto del progettato intervento. Dopo ulteriori contatti, il Comune adottava una variante urbanistica, con cui modificava significativamente, in senso restrittivo, il regime edilizio ed urbanistico dell'area in questione. A seguito di numerosi solleciti da



parte della società, nel 2016 il Comune rappresentava – tramite due messaggi di posta elettronica – la non applicabilità delle deroghe alla erigenda costruzione, nonché l'indispensabilità dell'acquisizione del parere regionale.

Pertanto, sulla scorta dei fatti predetti, nell'ottobre del 2016, la società D.C. Costruzioni s.r.l. conveniva in giudizio il Comune di Lignano Sabbiadoro.

La società attrice lamentava la lesione dell'aspettativa ingenerata dal Comune, procrastinando all'infinito la decisione, con reiterate richieste di integrazioni documentali ma – di fatto – restando inerte. La società chiedeva, pertanto, la condanna del Comune al risarcimento dei danni subiti in ragione dei comportamenti tenuti dall'amministrazione.

Dopo l'introduzione del giudizio, la regione Friuli-Venezia Giulia rilasciava i pareri richiesti, ma il Comune trasmetteva alla DC Costruzioni s.r.l. il preavviso di rigetto del permesso di costruire in deroga alle disposizioni urbanistiche comunali.

Il Comune, dopo essersi costituito in giudizio, proponeva regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. alle Sezioni Unite della Cassazione civile, eccependo il difetto di giurisdizione del

giudice ordinario adito dalla parte attrice e chiedendo dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo.

Normativa di riferimento:

Art. 7 c.p.a. – Giurisdizione amministrativa

1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

2. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

3. La giurisdizione amministrativa si articola in giurisdizione generale di legittimità, esclusiva ed estesa al merito.

4. Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative

al risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma.

5. Nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'articolo 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

6. Il giudice amministrativo esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalla legge e dall'articolo 134. Nell'esercizio di tale giurisdizione il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione.

7. Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi.

8. Il ricorso straordinario è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa.

Art. 30 c.p.a. – Azione di condanna

1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.

2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio

di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente compri di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della



relativa sentenza.

6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.

**Art. 133 lett. a) n. 1, lett. f) c.p.a. –
Materie di giurisdizione esclusiva**

1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:

a) le controversie in materia di:

1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo;

[...]

f) le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

Art. 2 bis 1. 241/1990 – Conseguenze per

***il ritardo dell'amministrazione nella
conclusione del procedimento***

Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'[articolo 1, comma 1-ter](#), sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

1-bis. Fatto salvo quanto previsto dal comma 1 e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento.

Inquadramento

Con la pronuncia in esame, le Sezioni Unite della Cassazione civile affermano che la controversia riguardante la lesione dell'affidamento incolpevole riposto dal privato nel rilascio del provvedimento favorevole da parte della p.a. appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

La Suprema Corte comincia col ritenere

infondate le ragioni dedotte dal Comune nel regolamento preventivo di giurisdizione.

Invero, l'amministrazione comunale chiede dichiararsi la sussistenza della giurisdizione amministrativa, in quanto la mancanza di un provvedimento positivo non è idonea ad ingenerare l'affidamento della società attrice, la quale - al contrario - può dolersi della sola violazione dei termini procedurali. In tal caso, la domanda di risarcimento del danno da ritardo va devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, lett. a), n. 1 c.p.a.

Inoltre, il Comune argomenta che la controversia rientrerebbe nella materia edilizia ed urbanistica, attribuita anch'essa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a.

Ebbene, le Sezioni Unite affermano, in adesione a quanto sostenuto dalla società attrice, la giurisdizione del giudice ordinario. La Corte, infatti, ritiene fondata la domanda di parte attrice sul fatto che il Comune ha provveduto negativamente sulla suddetta istanza dopo avere tenuto per lungo tempo comportamenti che avrebbero ingenerato un incolpevole affidamento nell'esito positivo del procedimento amministrativo.

La *causa petendi* della domanda della società D.C. Costruzioni non è, quindi, l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento, quanto la violazione dell'affidamento ingenerato dall'amministrazione comunale in un determinato esito, favorevole alla società attrice. Resta fermo il fatto che la controversia relativa al rilascio di un permesso di costruire rientri nella materia urbanistica ed edilizia, normativamente affidata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Tuttavia, la pretesa risarcitoria avanzata dalla società ha ad oggetto un danno causato non da atti o provvedimenti della p.a., bensì da comportamenti da questa tenuti nella conduzione dei rapporti tra i propri dipendenti e la società, tali da ingenerare in quest'ultima un legittimo affidamento circa il rilascio del provvedimento concessorio.

Si segnala che il danno da comportamento era già stato oggetto di tre distinte ordinanze del 2011, nn. 6594, 6595 e 6596, nelle quali le stesse Sezioni Unite avevano affermato la giurisdizione del giudice ordinario nell'ipotesi di lesione dell'incolpevole affidamento ingenerato nel provvedimento favorevole poi legittimamente ritirato in via di autotutela.

Richiamando le suddette ordinanze, la Corte evidenzia la medesimezza della *causa petendi*, rinvenibile non già nell'illegittimo annullamento del provvedimento favorevole in via di autotutela da parte della p.a., ma nella lesione del legittimo affidamento riposto dal privato.

La Corte chiarisce che, sebbene l'art. 7 c.p.a., comma 1 devolva *“alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*, anche secondo tale disposizione, la giurisdizione amministrativa postula che sia in questione *“l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”*. Inoltre, anche quando la controversia riguardi meri comportamenti tenuti dalla pubblica amministrazione, deve pur sempre trattarsi di comportamenti *“riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere”*. Nel caso in cui, invece, il comportamento della pubblica amministrazione abbia leso l'affidamento del privato, perché non conforme ai canoni di correttezza e buona fede, non sussiste

alcun collegamento, ancorché mediato, tra il comportamento dell'amministrazione e l'esercizio del potere.

Il comportamento dell'amministrazione rilevante ai fini del legittimo affidamento si colloca nella sfera relazionale complessiva tra l'amministrazione ed il privato, nel cui ambito un atto provvedimento di esercizio del potere amministrativo potrebbe mancare del tutto o addirittura, essere legittimo.

A tal proposito, le Sezioni Unite richiamano una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in cui si afferma che l'esercizio del potere finisce così per risultare *“un frammento legittimo di un mosaico connotato da una condotta complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico”* (Cons. Stato, Ad. Plen. sent. n. 5/2018).

Ancora, la Corte precisa che, quanto al disposto dell'art. 30, comma 2, c.p.a., va sottolineato che la *ratio* della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è quella di concentrazione delle tutele dinanzi ad un unico giudice in particolari materie indicate dalla legge, caratterizzate *“per lo stretto intreccio che si determina, a fronte dei provvedimenti*

autoritativi della pubblica amministrazione, tra interessi legittimi e diritti soggettivi". A tal proposito, le Sezioni Unite ribadiscono che, anche nelle materie devolute in via esclusiva alla giurisdizione amministrativa, è necessario che i diritti soggettivi siano coinvolti nell'esplicazione della pubblica funzione, esercitata mediante provvedimenti, accordi o comportamenti amministrativi.

Perché sussista la giurisdizione del giudice amministrativo, in definitiva, è necessario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione e che la *causa petendi* si radichi nelle modalità di esercizio dello stesso.

Ebbene, ad avviso delle Sezioni Unite, ciò non accade quando il danno di cui il privato chiede il risarcimento sia stato cagionato non dal cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì da un comportamento la cui illiceità venga dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e venga prospettata come violazione di regole comportamentali di buona fede e correttezza alla cui osservanza è tenuto qualunque soggetto, sia esso pubblico o privato.

Per quanto concerne la nozione di affidamento, le Sezioni Unite precisano che non è quella, generalmente definita come "affidamento legittimo", la cui forma tipizzata di tutela si rinviene nella disciplina dell'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo dettata dalla L. n. 241 del 1990, all'art. 21 nonies. Quest'ultimo modello di tutela prescinde da considerazioni legate all'elemento soggettivo della condotta dell'amministrazione e delle parti private (colpa, diligenza, buona fede) e si risolve nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'amministrazione di ritirare un atto illegittimo in via di autotutela.

L'affidamento a cui si fa riferimento nelle tre ordinanze del 2011 è una situazione autonomamente tutelata e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia nella "*delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta*". Si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulla buona fede. Il provvedimento favorevole viene in considerazione quale elemento di una

situazione che chiede protezione contro le conseguenze dannose della fiducia mal riposta.

Pertanto, la responsabilità della pubblica amministrazione per il danno cagionato al privato a causa della violazione della correttezza dell'azione amministrativa non sorge in assenza di un rapporto, come accade per la responsabilità aquiliana, ma da una relazione preesistente tra i due soggetti. Si tratta, quindi, di una responsabilità che trova la sua fonte nell'inadempimento degli obblighi derivanti da tale rapporto e che va ricondotta nello schema della responsabilità da contatto sociale qualificato, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale.

Si chiarisce che per responsabilità contrattuale, nel caso in esame, si intende la responsabilità non da contratto, ma da rapporto obbligatorio.

Il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede rappresenta, infatti, una manifestazione del più generale dovere di solidarietà sociale, il cui fondamento è rinvenibile nella Costituzione all'art.2. Tale dovere si intensifica, trasformandosi in dovere di correttezza e di protezione, quando tra i consociati si instaurano relazioni socialmente o

giuridicamente qualificate, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche reciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva. Il rispetto di siffatto dovere è imposto, in particolare, come affermato anche dalla sopracitata sentenza n. 5/2018 del Consiglio di Stato, in capo a chi esercita, ad esempio, un'attività professionale "protetta" (ancor di più se essa costituisce anche un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e, a maggior ragione, a chi esercita una funzione amministrativa, costituzionalmente sottoposta ai principi di imparzialità e di buon andamento (art. 97 Cost.). Il cittadino si aspetta uno sforzo maggiore, in termini di correttezza, lealtà, protezione e tutela dell'affidamento, rispetto a quello che si attenderebbe dal *quisque de populo*.

Le Sezioni Unite sposano l'orientamento per cui la responsabilità da lesione dell'affidamento del privato entrato in relazione con la pubblica amministrazione debba essere inquadrata nella responsabilità da contatto sociale qualificato dallo *status* della pubblica amministrazione, quale soggetto tenuto all'osservanza della legge come fonte della legittimità dei propri atti. Il contatto, la relazione, il rapporto instaurato tra il privato e la pubblica amministrazione

deve essere inteso come il fatto idoneo a produrre obbligazioni *in conformità dell'ordinamento giuridico*, così come previsto dall'art. 1173 c.c., dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione, bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 (correttezza), 1176 (diligenza) e 1337 (buona fede) del codice civile.

Soluzione

Spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa ad una pretesa risarcitoria fondata sulla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede. Ciò in quanto la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato, quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa, sorge da un rapporto tra soggetti inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità da "contatto social e qualificato", inteso come

fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c.

Questo vale non solo nel caso in cui tale danno sia cagionato dall'emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione, neanche mediatamente ricollegato alla spendita di pubblico potere. In questo caso, proseguono le Sezioni Unite, i detti principi valgono con maggior forza, perché l'amministrazione non ha posto in essere alcun atto di esercizio del potere amministrativo; il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca, allora, interamente sul piano del comportamento, nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo.

PENALE

Applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza 19597/2020

di Antonio Grieco

È applicabile la disciplina sugli interessi usurari agli interessi moratori?

Fatto

In primo grado il Tribunale di Genova accoglieva parzialmente l'opposizione della signora A.P. al decreto ingiuntivo emesso a favore della società F.c Factor S.r.l. (**società del gruppo Santander Consumer Finanzia S.r.l.**), col quale si intimava la suddetta al pagamento di una determinata somma di danaro dovuta a titolo di rate insolute, capitale residuo, interessi moratori e penale, relativi ad un finanziamento concesso con contratto di credito a consumo. Nell'opposizione al decreto ingiuntivo la signora A.P. deduceva la nullità del contratto, l'errata determinazione della somma dovuta, l'inefficacia delle relative

clausole ai sensi degli artt. 1469-bis, nn. 6 e 17, 1469-ter, 1469-quater e 1469-quinquies c.c., e la nullità della clausola che prevedeva la misura degli interessi moratori, per violazione dell'art. 1815 cod. civ., nonché di quella che prevedeva la capitalizzazione degli interessi.

In secondo grado la Corte d'Appello di Genova rigettava l'impugnazione proposta dalla Santander Consumer Bank S.p.a., confermando che il carattere oneroso del mutuo escludeva l'applicabilità dell'art. 1186 cod. civ., il quale presuppone che il termine sia stato fissato soltanto a favore del debitore. La Corte inoltre confermava il carattere vessatorio delle clausole contrattuali che imponevano al debitore inadempiente l'immediato pagamento di tutte le rate scadute e da scadere, comprensive d'interessi, nonché di un ulteriore interesse di mora, di una penale commisurata agli importi insoluti e di un'ulteriore penale predeterminata, con la dichiarazione della dichiarazione di inefficacia ai sensi dell'art. 1469-bis c.c. e concludendo pertanto che la debitrice era tenuta soltanto al pagamento del capitale residuo. Con riguardo agli interessi, la Corte

ha confermato l'applicabilità della legge 7 marzo 1996, n. 108, ritenendola riferibile sia agli interessi corrispettivi che a quelli moratori, ed escludendone l'operatività soltanto in riferimento ai contratti stipulati in epoca anteriore alla sua entrata in vigore e produttivi di rapporti ormai esauriti. Inoltre, nel caso di specie, rilevava che il tasso del contratto di mutuo risultava superiore al tasso soglia, e quindi ne affermava la nullità, ai sensi dell'art. 1815, secondo comma cod. civ., oltre all'inefficacia ai sensi dell'art. 1469-bis cod. civ.

La Santander Consumer Finanzia S.r.l. proponeva ricorso in Cassazione avverso la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Genova. In sintesi, le censure sollevate dalla ricorrente sono incentrate su quesiti, aventi tutti ad oggetto gli interessi da corrispondere sulla somma dovuta a titolo di restituzione del finanziamento, ossia:

- l'applicabilità o meno della normativa antiusura agli interessi moratori, e la conseguente rilevanza dell'avvenuto superamento del tasso soglia;
- l'inefficacia o meno della clausola contrattuale che stabiliva il tasso degli interessi moratori, in quanto

avente carattere vessatorio, se non costituente il frutto di una specifica trattativa.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali si sono pronunciate il 18 settembre 2020, con la sentenza n. 19597.

Normativa di riferimento

Codice civile

Art. 1224

1. Nelle obbligazioni che hanno per oggetto una somma di danaro, sono dovuti dal giorno della mora gli interessi legali, anche se non erano dovuti precedentemente e anche se il creditore non prova di aver sofferto alcun danno. Se prima della mora erano dovuti interessi in misura superiore a quella legale, gli interessi moratori sono dovuti nella stessa misura.

2. Al creditore che dimostra di aver subito un danno maggiore spetta l'ulteriore risarcimento. Questo non è dovuto se è stata convenuta la misura degli interessi moratori.

Art. 1284

1. Il saggio degli interessi legali è determinato in misura pari al 5 per cento in ragione d'anno. Il Ministro del tesoro, con proprio decreto pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana



non oltre il 15 dicembre dell'anno precedente a quello cui il saggio si riferisce, può modificarne annualmente la misura, sulla base del rendimento medio annuo lordo dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi e tenuto conto del tasso di inflazione registrato nell'anno. Qualora entro il 15 dicembre non sia fissata una nuova misura del saggio, questo rimane invariato per l'anno successivo.

2. Allo stesso saggio si computano gli interessi convenzionali, se le parti non ne hanno determinato la misura.

3. Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale.

4. Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta domanda giudiziale il saggio degli interessi legali è pari a quello previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

5. La disposizione del quarto comma si applica anche all'atto con cui si promuove il procedimento arbitrale.

Art. 1382

1. La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta

larisarcibilità del danno ulteriore.

2. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno.

Art. 1384

La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento.

Art. 1815

1. Salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante. Per la determinazione degli interessi si osservano le disposizioni dell'art. 1284.

2. Se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi.

Codice penale

Art. 644

1. Chiunque, fuori dei casi previsti dall'articolo 643, si fa dare o promettere, sotto qualsiasi forma, per sé o per altri, in corrispettivo di una prestazione di denaro o di altra utilità, interessi o altri vantaggi usurari, è punito con la reclusione da due a dieci anni e con la multa da euro 5.000 a euro 30.000(2).

Alla stessa pena soggiace chi, fuori del caso di concorso nel delitto previsto dal primo comma,

procura a taluno una somma di denaro o altra utilità facendo dare o promettere, a sé o ad altri, per la mediazione, un compenso usurario.

2. La legge stabilisce il limite oltre il quale gli interessi sono sempre usurari.

3. Sono altresì usurari gli interessi, anche se inferiori a tale limite, e gli altri vantaggi o compensi che avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

4. Per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito. Le pene per i fatti di cui al primo e secondo comma sono aumentate da un terzo alla metà:

1) se il colpevole ha agito nell'esercizio di una attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria mobiliare;

2) se il colpevole ha richiesto in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari;

3) se il reato è commesso in danno di chi si trova in stato di bisogno;

4) se il reato è commesso in danno di chi svolge

attività imprenditoriale, professionale o artigianale;

5) se il reato è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale durante il periodo previsto di applicazione e fino a tre anni dal momento in cui è cessata l'esecuzione.

5. Nel caso di condanna, o di applicazione di pena ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al presente articolo, è sempre ordinata la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari, salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni.

Inquadramento

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano ancora una volta sul tema dibattuto dell'applicabilità della disciplina usuraria agli interessi moratori. La definizione di "interesse" è data direttamente dal Collegio. Infatti, ai sensi degli artt. 820, 821 e 1284 c.c. l'interesse in un'operazione di finanziamento è dato dalla somma oggetto dell'obbligo di restituzione, detratto il denaro preso a prestito.

L'interesse moratorio, contemplato espressamente dal legislatore all'art. 1224 c.c., rappresenta il danno che nelle obbligazioni pecuniarie il creditore subisce a causa dell'inadempimento del debitore.

La sentenza in oggetto passa in rassegna le due tesi che si contengono il campo. In via preliminare la Cassazione considera non dirimenti sia il criterio letterale, in quanto gli indici non sono univoci, sia il criterio storico, in quanto la normativa è stata più volte modificata, sia il criterio che si fonda sulla sottrazione del denaro dalla disponibilità del creditore per attribuirlo al debitore e della capacità di remunerare il mancato godimento di un capitale, in quanto essi rappresentano indici meramente descrittivi, sia quello della mancata rilevazione del tasso di mora nel T.e.g.m (tasso effettivo globale medio) da parte dei decreti ministeriali, in quanto rappresenta una mera eventualità.

Di conseguenza viene eletto a criterio dirimente la ratio del divieto di usura e le finalità che con esso si intendono perseguire.

La tesi che esclude l'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori si fonda su questi argomenti:

1) letterale: l'art. 1815 com. 2 c.c. si

riferisce ai soli interessi corrispettivi enunciati dal comma 1 della disposizione; l'art. 644 c.p. com. 1 parla di interessi "in corrispettivo; l'art. 1 com. 1 del D.L. 394 del 2000 si riferisce, in via interpretativa, ai soli interessi corrispettivi; l'art. 2-bis com. 2 del D.L. n. 185 del 2008 si riferisce anch'esso agli interessi corrispettivi;

- 2) storico: i lavori preparatori del 2001 hanno valore ermeneutico e non normativo;
- 3) funzionale: gli interessi corrispettivi hanno funzione remuneratori in quanto costituiscono la remunerazione per il godimento di una somma di danaro in virtù del principio di fecondità del danaro, mentre quelli moratori hanno funzione risarcitoria, in quanto rappresentano il danno conseguente all'inadempimento di un'obbligazione pecuniaria;
- 4) ratio della norma: la L. n. 108 del 1996 mira al corretto funzionamento del mercato e non a calmierare o livellare il mercato del credito;
- 5) evoluzione storica: il diritto positivo distingue le tipologie di interessi a seconda della loro funzione;

- 6) art. 1284 com. 4 c.c.: la disposizione si riferisce all'art. 5 del D. Lgs. 232/2002 determinando l'esclusione degli interessi moratori convenzionali dalla disciplina anti-usura;
- 7) mancato rilievo degli interessi moratori del tasso soglia dei Decreti ministeriali.

Per questa tesi l'interesse di mora è inquadrabile nell'art. 1382 c.c. e può essere ridotto d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c., mentre non è applicabile l'art. 1815 com. 2.

La tesi invece che afferma l'applicabilità della disciplina antiusura agli interessi moratori si fonda su questi argomenti:

- 1) letterale: gli articoli art. 1815 comma 2 c.c., 644 comma 4 c.p., 2 com. 4 della L. n. 108 del 1996 e 1 com. 1 del D.L. n. 394 del 2000 non distinguono tra tipi di interessi, ma spesso parla espressamente di pattuizione "a qualsiasi titolo";
- 2) storico: nei lavori preparatori della L. n. 24 del 2001 l'usurarietà riguarda sia l'interesse corrispettivo che compensativo che moratorio;
- 3) funzionale: sia gli interessi corrispettivi che moratori costituiscono la remunerazione di un

- capitale non goduto da parte del creditore, l'unica differenza risiede nella volontarietà o involontarietà del mancato godimento;
- 4) ratio della norma: la L. n. 108 del 1996 intende tutelare le vittime dell'usura e il superiore interesse pubblico all'ordinato e corretto svolgimento delle attività economiche, fini che sarebbero vanificati ove si escludessero dall'ambito di applicazione gli interessi moratori;
- 5) evoluzione storica: anche gli interessi moratori sono nati per remunerare il creditore, la distinzione tra interessi moratori e corrispettivi è nata solo per aggirare il divieto canonistico di pattuire interessi e la duplicazione normativa ex artt. 1224 e 1282 c.c. dipende dall'unificazione dei codici commerciale e civile;
- 6) art. 1284 com. 4: non vale quanto scritto in questa norma perché al momento della proposizione della domanda giudiziale il maggior tasso degli interessi legali ha la diversa funzione sanzionatorio/deflattiva a carico del debitore inadempiente, nei casi in cui la l'inadempimento

continui anche dopo la proposizione della domanda giudiziale;

- 7) mancato rilievo degli interessi moratori nel tasso soglia dei Decreti ministeriali non ha rilievo ermeneutico.

La Corte invece si sofferma sulla ratio della disciplina anti-usura, ossia la tutela del debitore e quindi ha ritenuto che il concetto di interesse usurario e la relativa disciplina repressiva non possano dirsi estranei all'interesse moratorio, affinché il debitore abbia più compiuta tutela. Inoltre, qualifica il patto sugli interessi moratori come clausola penale ex art. 1382 c.c.

La conseguenza è la piena applicazione dell'art. 1815 c.c., comma 2. Infatti, a differenza di altri ordinamenti, nei quali il superamento del tasso soglia non determina la nullità della clausola sugli interessi, ma la mera restituzione del surplus, la legge nazionale ha comminato la gratuità sanzionatoria del contratto.

Invero, ove l'interesse corrispettivo sia lecito, e solo il calcolo degli interessi moratori applicati comporti il superamento della predetta soglia usuraria, ne deriva che solo questi ultimi sono illeciti e preclusi; ma resta l'applicazione dell'art. 1224 c.c., comma 1, con la conseguente applicazione

degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente pattuiti.

Pertanto, una volta che il giudice del merito abbia riscontrato positivamente l'usurarietà degli interessi moratori, il patto relativo è inefficace. In tale evenienza, si applica la regola generale del risarcimento per il creditore, di cui all'art. 1224 c.c., commisurato non più alla misura preconcordata ed usuraria, ma alla misura pattuita per gli interessi corrispettivi, come prevede la disposizione.

Ciò, in quanto la nullità della clausola sugli interessi moratori non porta con sé anche quella degli interessi corrispettivi, onde anche i moratori saranno dovuti in minor misura, in applicazione dell'art. 1224 c.c., sempre che quelli siano lecitamente convenuti.

Inoltre la Cassazione distingue le rate scadute da quelle non scadute. Le rate scadute al momento della caducazione del prestito, una volta caduta la clausola sugli interessi moratori, restano dovute nella loro integralità, comprensive degli interessi corrispettivi in esse già conglobati, oltre agli interessi moratori sull'intero nella misura dei corrispettivi pattuiti. Per quanto attiene le rate a scadere, sorge l'obbligo d'immediata restituzione dell'intero capitale ricevuto, sul

quale saranno dovuti gli interessi corrispettivi, ma attualizzati al momento della risoluzione: infatti, fino al momento in cui il contratto ha avuto effetto, il debitore ha beneficiato della rateizzazione, della quale deve sostenere il costo, pur ricalcolato attualizzandolo, rispetto all'originario piano di ammortamento non più eseguito. Da tale momento e sino al pagamento, vale l'art. 1224 c.c., comma 1.

Per quanto riguarda il secondo punto fondamentale della sentenza, ossia i contratti conclusi con un consumatore, la Cassazione ricorre agli artt. 33, comma 2, lett. "f" e 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005. Nei contratti di finanziamento, in cui il soggetto che riceve la somma in prestito rivesta la qualifica di consumatore, è applicabile, altresì, la tutela contro le clausole vessatorie. Analogamente, il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 33, comma 2, lett. f), prevede che "(s)i presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di... imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo".

Infine, viene effettuato un breve passaggio anche sulla ripartizione dell'onere probatorio. Il debitore, il quale intenda provare l'entità usuraria degli stessi, ha l'onere di dedurre il tipo contrattuale, la clausola negoziale, il tasso moratorio in concreto applicato, l'eventuale qualità di consumatore, la misura del T.e.g.m. nel periodo considerato, con gli altri elementi contenuti nel decreto ministeriale di riferimento. Dall'altro lato, è onere della controparte allegare e provare i fatti modificativi o estintivi dell'altrui diritto: fra di essi, la pattuizione negoziata della clausola con il soggetto sebbene avente la veste di consumatore, la diversa misura degli interessi applicati o altro.

Soluzione

Come più volte affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza gli interessi rappresentano obbligazioni pecuniarie, le quali rispondono ai principi della fecondità del danaro (art. 1281 cc secondo il quale una somma liquida ed esigibile produce interessi di pieno di diritto), nominalistico (secondo il quale le obbligazioni pecuniarie si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato) e liberatorio (secondo il

quale non è possibile per il creditore rifiutare il pagamento effettuato con moneta avente corso legale). Inoltre, gli interessi costituiscono dei correttivi al principio nominalistico, il quale prevede l'estinzione dell'obbligazione pecuniaria secondo la misura nominale della moneta all'atto dell'emissione della stessa e non in base al valore effettivo di scambio al momento del pagamento, il che costituirebbe un vantaggio per il debitore. Pertanto, gli interessi sono obbligazioni accessorie, percentuali, periodiche, pecuniarie, fungibili e proporzionali e possono avere funzioni remuneratorie (interessi corrispettivi e compensativi), risarcitorie (interessi moratori) o sanzionatorie (L. 231/2002 sul ritardo del pagamento nelle prestazioni commerciali).

Ulteriore species degli interessi è rappresentata da quelli usurari, per i quali non è prevista una disciplina generale, ma essi vengono richiamati solamente nell'art. 1815 com. 2 c.c., il quale prevede la sanzione della non debenza degli interessi e la trasformazione da contratto oneroso a contratto gratuito. Al contrario l'usura viene disciplinata nel diritto penale con l'articolo 644 c.p., il quale suddivide il fenomeno in tre distinte categorie. Vi è l'usura pecuniaria

in astratto, la quale scatta semplicemente per il superamento tasso soglia, indipendentemente dalla condizione soggettiva delle parti; vi è l'usura pecuniaria in concreto, che si presenta nei casi in cui gli interessi risultano sproporzionati e la vittima versa in condizioni di difficoltà economica; infine vi è l'usura reale, nella quale i vantaggi diversi dagli interessi risultano sproporzionati e la vittima versa in uno stato di bisogno economico.

Con riguardo all'usura, la giurisprudenza si è pronunciata anche su quella sopravvenuta. Infatti, può avvenire che al momento della stipulazione di un contratto, esso rispetti le soglie determinate dalla legge, ma nelle more della sua efficacia, la legge muti il tasso soglia, con la conseguenza che il contratto potrebbe contenere interessi usurari. Ciò avviene particolarmente nei contratti di durata e si poneva il dubbio se tali contratti fossero da considerarsi validi o meno. La recente giurisprudenza tende a negare l'esistenza della cosiddetta usura sopravvenuta, in quanto l'usura può essere considerata solo al momento della pattuizione del contratto.

In relazione alla questione oggetto della sentenza, la giurisprudenza è sempre stata costante nel ritenere che l'usura possa essere

applicata agli interessi corrispettivi, mentre in relazione agli interessi moratori ci sono sempre stati orientamenti contrastanti. Già nel 2018 la Cassazione, con la sentenza n. 27442/2018 resa a Sezioni Unite, ha affermato l'applicabilità della disciplina dell'usura anche agli interessi moratori, sulla base di motivi sostanzialmente identici a quelli della sentenza odierna. L'unico interrogativo a cui è questa sentenza non ha dato risposta è la conseguenza sul contratto che contiene di interessi usurari. Infatti, in presenza di interessi corrispettivi usurari, vi è l'art. 1815 com. 2 c.c. che prevede la sanzione della nullità parziale e la conseguente trasformazione da contratto a titolo oneroso a contratto a titolo gratuito. Invece, con riguardo agli interessi moratori usurari, non vi è alcuna norma espressa. A tal riguardo la dottrina ha immaginato una serie di rimedi. Ad esempio, vi è chi sostiene l'applicazione analogica dell'art. 1815 com. 2 c.c. anche a questo tipo di interessi, in quanto che gli interessi moratori condividono con gli interessi corrispettivi la funzione remuneratoria, alla quale si aggiunge, solamente per i primi, una funzione risarcitoria; vi è chi invece sostiene l'applicazione degli articoli 1382 e 1384 c.c. prima parte, con conseguente riduzione ex

ufficio del tasso usurario al tasso di soglia legale o ad un tasso minore a quello legale.

A quest'ultimo interrogativo risponde in maniera precisa la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 19597/2020, la quale assimila dal punto di vista dell'applicazione della disciplina usuraria gli interessi moratori agli interessi legali, facendo leva, così com'è avvenuto per la precedente sentenza, sulla funzione di tutela delle vittime dell'usura. In altri termini, ai patti che hanno ad oggetto interessi usurari si applica l'art. 1815 c.c., comma 2, con la conseguenza che non sono dovuti gli interessi moratori pattuiti. Tuttavia, vige l'art. 1224 c.c., comma 1, che prevede la debenza degli interessi nella misura dei corrispettivi lecitamente convenuti. Anche in questa pronuncia viene effettuato un passaggio sulla cosiddetta usura sopravvenuta e viene riaffermato che i soli interessi da considerare sono quelli eccessivi convenuti al momento della stipula del contratto, quale corrispettivo per la concessione del denaro. Inoltre, la mancata indicazione dell'interesse di mora nell'ambito del T.e.g.m. non preclude l'applicazione dei decreti ministeriali, i quali contengano comunque la rilevazione del tasso medio praticato dagli operatori professionali

Infine, nei contratti conclusi con un consumatore, concorre la tutela prevista dall'art. 33, comma 2, lett. f) e art. 36, comma 1 codice del consumo, di cui al D.Lgs. n. 206 del 2005, già artt. 1469-bis e 1469-quinquies c.c.

La sentenza, quindi, conferma il trend

giurisprudenziale avviatosi nell'ultimo periodo che tende ad assimilare la disciplina sugli interessi moratori a quella sugli interessi corrispettivi, attraverso la valorizzazione dell'elemento funzionale, ossia la tutela della vittima.

AMMINISTRATIVO

Limiti e presupposti dell'art. 38 T.U.

Edilizia: l'Adunanza Plenaria delimita la portata della c.d. fiscalizzazione degli abusi.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 17 del 2020

di Mario Crispino

Fatto

Con l'ordinanza n. 1735/2020, la quarta sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza plenaria la questione concernente la corretta interpretazione dell'art. 38 del d. P.R. 6 giugno 2001 n. 380 "Testo unico per l'edilizia", al fine di stabilire, nel caso di intervento edilizio eseguito in base a permesso di costruire annullato in sede giurisdizionale, quali tipologie di vizi consentano la sanatoria che la norma prevede.

La vicenda procedimentale e contenziosa dalla quale il quesito trae origine è così articolata. Il Comune di Livigno ha rilasciato un permesso di costruire per la

ristrutturazione con ricostruzione di presunte parti in precedenza crollate di un fabbricato rurale (costituito da una tradizionale "tea" composta, nell'assetto originario, da una costruzione di legno con tetto a doppia falda, a due piani, di cui l'uno adibito a stalla e l'altro superiore a fienile), con rilocalizzazione del manufatto e suo ampliamento al fine di trasformarlo in abitazione.

In seguito all'esecuzione dell'intervento edilizio il suddetto titolo abilitativo è stato impugnato dalla c.d. "controinteressata procedimentale", ossia la proprietaria di un immobile limitrofo, che ne invocava la caducazione mediante la proposizione di un ricorso al T.A.R. Lombardia. Tale ricorso è stato accolto in primo grado con sentenza T.A.R. per la Lombardia, sez. II, 27 aprile 2016, n. 813, la quale è stata confermata con sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 19 marzo 2018, n. 1725.

Successivamente all'annullamento giurisdizionale, il Comune di Livigno, con provvedimento del 9 luglio 2018, applicava ai proprietari titolari del permesso di costruire annullato, la sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 d.P.R. 380/2001 in relazione al manufatto preesistente, ovvero la tea originaria così come spostata di sede, e

all'interrato sottostante di nuova realizzazione, ordinando nel contempo la demolizione della porzione oggetto di ampliamento (ossia del corpo di fabbrica a monte realizzato in muratura quale presunto recupero delle parti crollate).

Contro tali provvedimenti l'originaria ricorrente e i proprietari intestatari del permesso di costruire annullato proponevano due distinti ricorsi caratterizzati da opposte finalità: la prima volendo ottenere la demolizione dell'intero edificio, i secondi intendendo evitare la demolizione della parte non sanata.

Con sentenza 17 gennaio 2019, n. 98 il T.A.R. Lombardia accoglieva il ricorso della proprietaria del fondo limitrofo a quello in cui era stato costruito il fabbricato, dichiarando la nullità del provvedimento del 9 luglio 2018 e di tutti gli atti consequenziali, inclusa l'ordinanza di demolizione, nonché ordinando al Comune di eseguire la sentenza da ottemperare mediante demolizione dell'intero manufatto. Con la suddetta decisione il T.A.R. Lombardia escludeva dunque l'applicabilità della sanatoria ai sensi dell'art. 38 d.P.R. n. 380 del 2001 nel caso di vizi della procedura non emendabili.

Avverso quest'ultima pronuncia è stato

infine interposto appello da parte dei proprietari del bene e nell'ambito del relativo giudizio di secondo grado è intervenuto il deferimento all'Adunanza plenaria oggetto di trattazione.

Normativa di riferimento

Art. 38 T.U. edilizia - Interventi eseguiti in base a permesso annullato

1. In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa.

2. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36.



2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo.

Art. 36 T.U. Edilizia – Accertamento di conformità.

1. In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 01, o in difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

2. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. Nell'ipotesi di

intervento realizzato in parziale difformità, l'oblazione è calcolata con riferimento alla parte di opera difforme dal permesso.

3. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata.

Inquadramento

La questione rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria impone dunque l'esatta delimitazione dei vizi che consentono, in luogo della demolizione, l'applicazione del regime di "fiscalizzazione" dell'abuso edilizio previsto dall'art. 38 del T.U. edilizia

Il punto controverso, già anticipato in premessa, che ha indotto la quarta sezione del Consiglio di Stato ad interpellare il Supremo Consesso attiene alla corretta interpretazione della suddetta norma: in particolare, il punto controverso è se l'art. 38 T.U. edilizia consenta, o meno, all'amministrazione di imporre la sola sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, con effetti equivalenti al

conseguimento del permesso di costruire in sanatoria, nell'ipotesi in cui il permesso di costruire sia annullato in sede giurisdizionale a causa della sussistenza di un vizio sostanziale non emendabile, come sarebbe quello ricorrente nel caso di specie.

Come osservato nell'ordinanza di rimessione, sull'interpretazione dell'art. 38 T.U. edilizia, si sono formati in giurisprudenza tre diversi orientamenti necessitanti di composizione nomofilattica.

Una prima opzione ermeneutica, che si è affermata nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, considera possibile la fiscalizzazione dell'abuso per ogni tipologia dell'abuso stesso, ossia a prescindere dal tipo, formale ovvero sostanziale, dei vizi che hanno portato all'annullamento dell'originario titolo. Tale interpretazione "ampia" dell'art. 38 T.U. edilizia qualifica l'istituto come un caso particolare di condono di una costruzione nella sostanza abusiva e pertanto risulta indubbiamente favorevole per il privato autore dell'abuso.

Un secondo orientamento, più risalente, formatosi sotto il vigore dell'art. 11 della legge n. 47/85 (recante un testo normativo identico), considera il regime previsto dall'art. 38 T.U. edilizia applicabile unicamente in presenza di vizi formali o

procedurali emendabili. In virtù di siffatta interpretazione, c.d. "restrittiva", la fiscalizzazione dell'abuso superando soltanto i vizi non sostanziali della costruzione non produrrebbe gli effetti tipici di un condono.

In tale prospettiva, dunque, in presenza di vizi di carattere sostanziale l'amministrazione dovrebbe immediatamente procedere a ordinare la rimessione in pristino mediante la demolizione degli interventi abusivi.

Si registra infine un terzo orientamento, definito "intermedio", che ammette la fiscalizzazione, oltre che nei casi di vizi formali, anche nei casi di vizi sostanziali, però emendabili.

Parimenti alla tesi restrittiva, anche in base a tale ricostruzione ermeneutica non si verificherebbe alcuna sanatoria di un abuso giacché quest'ultimo verrebbe di fatto eliminato attraverso modifiche ad hoc del progetto prima del rilascio della sanatoria stessa.

Infatti, a differenza dell'ipotesi disciplinata all'art. 36 dello stesso T.U. edilizia - cioè l'accertamento di conformità, che produce la sanatoria degli interventi abusivi realizzati *ab origine sine titulo* - per l'applicazione del regime di "fiscalizzazione" non è necessaria

la cd. doppia conformità, ossia il rispetto delle norme edilizie e urbanistiche vigenti sia al momento dell'abuso sia a quello successivo della sanatoria.

Dopo aver ricostruito l'assetto della giurisprudenza sul tema, il percorso argomentativo dell'Adunanza plenaria muove i propri passi dalla ratio della disciplina di cui all'art. 38 T.U. edilizia. A tal riguardo si evidenzia che il meccanismo predisposto dalla norma, equiparando il pagamento della sanzione pecuniaria al rilascio del permesso in sanatoria, produce concretamente l'effetto di tutelare, in presenza di specifiche condizioni, l'affidamento ingeneratosi in capo al titolare del permesso di costruire circa la legittimità della costruzione realizzata.

Il Supremo Consesso sottolinea che la suddetta equiparazione avviene solo "*quoad effectum*", atteso che lo strumento previsto dall'art. 38 T.U. edilizia rappresenta una deroga eccezionale al principio di necessaria repressione degli abusi edilizi mediante demolizione.

L'attenuazione del principio generale secondo cui ogni costruzione abusiva deve essere demolita è in tal caso giustificata non già dalla sostanziale conformità urbanistica passata e presente della stessa - presupposti

richiesti invece dalla diversa fattispecie prevista dall'art. 36 cit. - ma dalla sussistenza di un titolo che originariamente ha abilitato il titolare all'edificazione, dando vita all'affidamento del privato alla luce della generale presunzione di legittimità degli atti amministrativi.

Nella dinamica sottesa alla c.d. fiscalizzazione dell'abuso, evidenzia l'Adunanza Plenaria, emergono contrapposti interessi che il legislatore è chiamato a contemperare: da un lato la tutela del legittimo affidamento e dall'altro la tutela del corretto assetto urbanistico e edilizio. Ciò è quanto avviene attraverso la previsione di una "compensazione" monetaria di valore pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite.

In quanto norma eccezionale l'operatività della stessa è subordinata al verificarsi di precise condizioni: lo speciale strumento predisposto dal legislatore è utilizzabile, infatti, soltanto laddove vi sia l'impossibilità, che deve essere comprovata da una motivata valutazione, circa la rimozione dei vizi delle procedure amministrative e della restituzione in pristino.

Le suddette condizioni, tuttavia, sottolinea l'Alto Consesso, da un lato sembrano formulate dal legislatore in modo generico -

giacché appare dubbio cosa debba intendersi per “vizi delle procedure amministrative” e per “impossibilità” di riduzione in pristino - mentre per altro verso si rivelano eterogenee - in quanto coinvolgono soggetti e attività differenti.

In particolare, si legge nella sentenza, la prima condizione attiene alla sfera dell'amministrazione e presuppone l'oggettiva impossibilità per la stessa di convalidare ex art. 21 *nonies* comma 2 il provvedimento amministrativo mediante rimozione del vizio della relativa procedura. La seconda invece si riferisce ad un soggetto privato e alla concreta possibilità per quest'ultimo di procedere al ripristino dello stato dei luoghi.

In rispondenza ai quesiti posti dall'ordinanza di rimessione l'attenzione del Massimo Collegio si concentra sull'esatta individuazione dei “vizi delle procedure amministrative” che consentono l'applicazione della sanatoria pecuniaria prevista dall'art. 38 T.U. edilizia.

A tal riguardo l'Adunanza Plenaria, nel dar conto dei più recenti approdi a cui è giunta la giurisprudenza, intende discostarsi da quell'orientamento c.d. estensivo che annovera tra i “vizi della procedura” tutti quelli potenzialmente in grado di invalidare

il provvedimento, siano essi inerenti alla forma e al procedimento ovvero di tipo sostanziale, relativi cioè alla conformità del provvedimento finale con le norme di programmazione e regolamentazione urbanistica.

Secondo tale impostazione la scelta di procedere all'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 38 del citato testo unico sarebbe rimessa dal legislatore alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, investita di tale compito al fine di tutelare l'affidamento del privato. In tale prospettiva il solo elemento offerto al sindacato del giudice amministrativo è rappresentato dalla “motivata valutazione” fornita dall'amministrazione.

Secondo l'Adunanza Plenaria, invece, considerazioni d'ordine testuale e sistematico impongono di procedere ad una diversa interpretazione dell'art. 38 T.U. edilizia.

In primo luogo, il Supremo Consesso rileva che dal punto di vista testuale la disposizione fa specifico riferimento ai vizi “delle procedure”, selezionando dunque le cause di invalidità idonee a derogare al principio generale di necessaria repressione degli abusi edilizi.



Seppure in modo implicito, inoltre, la formulazione della norma distingue i suddetti vizi dagli altri vizi del provvedimento che non riguardano il procedimento ma attengono ai profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatico e regolamentare che disciplina l'*an* e il *quomodo* dell'attività edificatoria.

Che sia così, sostiene il Consiglio di Stato, si evince inoltre dal tenore della norma che fa implicito riferimento ad un vizio astrattamente convalidabile: l'amministrazione è chiamata infatti a porre rimedio al vizio in via preliminare rimuovendolo mediante l'esercizio del potere di convalida. Pertanto, secondo il ragionamento sviluppato nella sentenza, va posto in rilievo che tale potere implica necessariamente un'illegittimità di natura "procedurale" mentre appare evidente che qualsiasi altro vizio avente ad oggetto la difformità del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente risulterebbe superabile solo attraverso una modifica di quest'ultimo.

Al contrario di quanto sostenuto dall'orientamento "estensivo", il Supremo Consesso afferma poi che nei casi di applicazione dello strumento previsto

dall'art. 38 T.U. edilizia il sindacato giudiziale deve concentrarsi proprio sulla natura del vizio.

Si ritiene infatti che la legittimità dell'operazione di fiscalizzazione dell'abuso debba emergere dalla valutazione motivata dell'amministrazione circa la rimovibilità in concreto del vizio ex art. 21-nonies comma 2 l. 241/90. La "motivata valutazione" dell'amministrazione rileva dunque non già rispetto al binomio fiscalizzazione/demolizione, quanto in relazione all'alternativa tra la possibilità di esercitare il potere di convalida e l'applicazione dell'art. 38 citato.

Siffatta interpretazione appare inoltre confermata anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale la quale con sentenza 209/2010 - pronunciandosi sulla legittimità di una norma di interpretazione autentica di una disposizione provinciale avente il medesimo contenuto di quella nazionale in esame - ha precisato che "*l'espressione «vizi delle procedure amministrative» non si presta ad una molteplicità di significati, tale da abbracciare i «vizi sostanziali», che esprimono invece un concetto ben distinto da quello di vizi procedurali e non in quest'ultimo potenzialmente contenuto»*."

Ad avvalorare la posizione assunta dall'Adunanza Plenaria depongono altresì

argomenti di carattere sistematico.

In primo luogo, occorre denunciare l'esistenza di limiti oltre i quali la tutela dell'affidamento non può operare: l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato, infatti, non può spingersi sino a giustificare una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'amministrazione, in deroga a qualsiasi previsione urbanistica, ambientale o paesaggistica. Se ciò fosse consentito, rileva l'Alto Consesso, si configurerebbe un'inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio. Per tali ragioni appare più ragionevole circoscrivere la tutela dell'affidamento, e di conseguenza l'esercizio dell'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 citato, ai soli vizi che attengono al procedimento autorizzativo, i quali non possono riverberarsi in danno del privato che legittimamente ha confidato sulla validità degli atti amministrativi.

Ulteriore argomento di carattere sistematico invocato dall'Adunanza Plenaria per corroborare la propria tesi attiene alla posizione del terzo ricorrente - proprietario limitrofo o associazioni rappresentative di interessi diffusi - che abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale del titolo

edilizio.

Si rileva, infatti, che la tutela del terzo ricorrente nel caso in cui la fiscalizzazione dell'abuso fosse consentita anche in relazione a vizi sostanziali verrebbe di fatto neutralizzata, atteso che egli si troverebbe, all'esito di un lungo e dispendioso giudizio, privato di qualsivoglia utilità, essendo la sanzione pecuniaria incamerata dall'erario. Siffatta esegesi dell'art. 38 T.U. edilizia rappresenta per l'Adunanza Plenaria un punto di equilibrio di contrapposte esigenze, capace di bilanciare in modo sapiente la tutela dell'affidamento con la tutela del territorio e la tutela del terzo.

Quanto sostenuto - si precisa nella sentenza - non appare in alcun modo smentito dalla giurisprudenza della Corte EDU sul carattere fondamentale del diritto di abitazione e sul necessario rispetto del principio di proporzionalità nell'inflizione della sanzione demolitoria (si veda, da ultimo, Corte EDU, 21/4/2016 Ivanova vs. Bulgaria).

Occorre in realtà porre in rilievo che ove la conservazione dell'immobile nella sua integrità si ponga in irrimediabile conflitto con i valori urbanistici e ambientali, l'eventuale illecito commesso dall'amministrazione comporta il sorgere di

un'obbligazione all'integrale risarcimento, per equivalente, del danno provocato.

L'obbligazione risarcitoria, pertanto, coerentemente con il principio di effettività, costituisce lo strumento idoneo a tutelare la posizione giuridica del costruttore che, in seguito all'annullamento in sede amministrativa o giurisdizionale del permesso di costruire, subisca un danno derivante dalla lesione del legittimo affidamento dal medesimo riposto circa la legittimità dell'edificazione realizzata.

Soluzione

In conclusione, l'Adunanza Plenaria pronuncia il seguente principio di diritto: *“i vizi cui fa riferimento l'art. 38 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione”*.

In applicazione del principio appena enunciato, qualora nel caso di specie la Sezione a cui saranno restituiti gli atti ritenesse che i vizi del titolo a suo tempo rilasciato, e che ne hanno successivamente determinato l'annullamento in sede giurisdizionale, abbiano ad oggetto l'insanabile contrasto del titolo edilizio con la normativa urbanistica, non potrà trovare

applicazione il regime di fiscalizzazione dell'abuso a causa dell'impossibilità di rimuovere il vizio.

Tra le diverse opzioni interpretative tratteggiate dalla giurisprudenza, con la decisione in rassegna l'Adunanza Plenaria ha sposato dunque quella c.d. intermedia, ritenuta la più aderente al dato testuale e sistematico offerto dall'art. 38 T.U. edilizia. Tale soluzione appare invero quella maggiormente in grado di contemperare le contrapposte posizioni che vengono in rilievo, proteggendo l'affidamento di chi ha ottenuto il rilascio del titolo poi annullato nei limiti tracciati dalla contrapposta esigenza di tutela del terzo.

La sentenza risulta altresì condivisibile nella misura in cui riesce ad allontanare i rischi che una lettura troppo ampia della norma in esame porterebbe con sé. Giova infatti evidenziare che la configurazione di una sanatoria senza limiti potrebbe ledere le ragioni del terzo che ha impugnato il titolo illegittimo, il quale vedrebbe sostanzialmente vanificato il suo diritto di adire il giudice per ottenere la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive. Occorre infine sottolineare quanto già osservato nell'ordinanza di rimessione, ossia che l'interpretazione ampia potrebbe porsi

in contrasto con l'art. 102 Cost., poiché travolgerebbe gli effetti del giudicato di annullamento con conseguente possibilità per l'amministrazione di invadere il campo riservato all'Autorità giudiziaria.



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)

Civile

La pillola di diritto del 05.10.2020

La prova del danno nelle obbligazioni di diligenza professionale

#obbligazionidirisultato #obbligazionidimezzi

Corte di Cassazione, sez. III civile, ord. n. 13867 del 6.7.2020

Colui che si assuma danneggiato da un errato intervento chirurgico deve fornire un'adeguata dimostrazione del nesso di causalità tra la condotta negligente del sanitario e l'evento lesivo.

La Sezione respinge la tesi del ricorrente secondo cui non spetterebbe all'attore dimostrare la colpa del sanitario, ma soltanto l'esistenza del contratto, l'aggravamento della patologia e, quindi, il danno, ricadendo sul medico la prova dell'inesistenza dell'inadempimento ovvero che lo stesso non sia eziologicamente rilevante.

Si richiama la Sentenza n. 28991/2019 che ha precisato come la "causalità materiale" attenga anche all'ambito contrattuale (1227 comma 1 c.c.) e vada distinta dal giudizio di imputazione della responsabilità, che attiene al profilo soggettivo (e, quindi, riguarda la verifica del disvalore della condotta sul piano dell'elemento del dolo e della colpa). L'evento lesivo, in particolare, può essere senz'altro ascritto all'inadempimento solo

nei casi in cui esso sia definito dal "risultato" programmato contrattualmente e alla cui realizzazione è finalizzata l'obbligazione avente ad oggetto l'esecuzione della prestazione strumentale al raggiungimento di detto risultato. Se il risultato è "compiutamente identificabile ex ante (ciò si verifica nel risultato di "dare" o di "facere" correlato ad una attività materiale), l'evento lesivo (correttamente inteso quale lesione dell'interesse del creditore e cioè, mancata realizzazione del risultato) si determina automaticamente, in conseguenza dell'inadempimento".

Tale principio non è, tuttavia, applicabile a quei rapporti in cui il "risultato" non è senz'altro assicurato dalla mera esecuzione della prestazione oggetto della obbligazione così come avviene nei rapporti cd. professionali, allorchè la prestazione, anche se in sé esente da errori o inesattezze, non può garantire il risultato cui tende il creditore.

Nelle "obbligazioni professionali di diligenza" la prova dell'inadempimento, ossia della negligenza alla base della prestazione professionale fornita, non comporta senz'altro che sia acclarato, neppure in via presuntiva, il nesso di causalità materiale tra tale inadempimento e l'eventus damni.

In altri termini, l'insoddisfazione dell'interesse strumentale alla corretta esecuzione della prestazione tecnica, non comporta la dimostrazione del nesso tra la

scorretta esecuzione e la lesione dell'interesse primario (ripristino, miglioramento o non peggioramento delle condizioni di salute). La prestazione professionale, infatti, non garantisce senz'altro tale interesse come avviene nelle obbligazioni in cui il risultato è predeterminato contrattualmente.

In tali ipotesi, grava sul danneggiato la prova (eventualmente presuntiva) del nesso di causalità materiale tra la condotta (che

viola l'interesse strumentale) e l'evento lesivo della salute, che costituisce l'oggetto dell'interesse primario. Solo una volta fornita tale prova, *“sarà onere del professionista fornire la prova della causa esterna alternativa, imprevedibile ed inevitabile ex art. 1176 secondo comma c.c., ovvero che l'inadempimento (inteso quale divergenza della prestazione rispetto alle leges artis) è avvenuto per una causa sopravvenuta di impossibilità della prestazione ex art. 1218 c.c.”*.

Penale

La pillola di diritto del 7.9.2020

Bancarotta fraudolenta documentale e occultamento e distruzione di documenti per evadere il fisco: specialità reciproca e ne bis in idem

#nebisinidem #bancaratadocumentale
#reatifiscali

Corte di Cassazione, sez. V penale, Sentenza n. 22486 del 24.07.2020

1. L'imputato ha distrutto o occultato documenti contabili e ciò ha comportato la contestazione tanto del reato di cui all'art. 10 del d.lgs. 274/2000 (condotta commessa al fine di evadere le imposte) quanto del reato di cui all'art. 216 n. 2 l. fall. (che punisce il fallito che *“ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizi ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari?”*).

2. La Corte precisa che le due fattispecie sono in rapporto di specialità reciproca in quanto offendono beni giuridici diversi e sono animati da un diverso fine; *“analizzando il profilo della fattispecie astratta (come sempre va fatto, allorché si tratti di risolvere il dilemma: concorso apparente di norme o concorso formale di reati?)”* emerge, infatti che i reati

divergono quanto: a) al differente oggetto materiale dell'illecito; b) ai diversi destinatari del precetto penale; c) al differente oggetto del dolo specifico; d) al divergente effetto lesivo delle condotte di reato.

La bancarotta documentale e il reato di cui all'art. 10 cit. integrano, quindi, una ipotesi di concorso formale di reati e *“non pongono - allorché siano trattati congiuntamente - problemi di precedente giudicato, né di preclusione processuale”*.

3. Cionondimeno, l'applicazione del principio del *“ne bis in idem”* alla luce della giurisprudenza costituzionale e sovranazionale impedisce che siano contestati (e, a maggior ragione, che vi sia condanna per) entrambi i reati qualora le condotte siano empiricamente sovrapponibili ossia riguardino il medesimo compendio documentale.

La Corte rammenta in proposito che *“ai fini della preclusione connessa al principio “ne bis in idem”, l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona”* (Cass, SU, n. 34655 del 28/6/2005, n. 231799-01).

Tale impostazione, è stata accolta dalla Corte costituzionale (sentenza n. 200 del 31/5/2016), che ha, altresì, chiarito come tutti gli elementi del reato debbano essere *“assunti nella loro dimensione empirica, sicché*



anche l'evento non potrà avere rilevanza in termini giuridici, ma assumerà significato soltanto quale modificazione della realtà materiale conseguente all'azione o all'omissione dell'agente". In tal modo, prosegue la Sezione, "è assicurato il massimo dispiegarsi della funzione di garanzia sottesa all'art. 649 cod. proc. pen. - senza compromissione di altri principi di rilievo costituzionale - e si evita che la valutazione comparativa - cui è chiamato il giudice investito del secondo giudizio - sia influenzata dalle sempre opinabili considerazioni sulla natura dell'interesse tutelato dalle norme incriminatrici, sui beni giuridici offesi, sulla natura giuridica dell'evento, sul ruolo che ha un medesimo elemento all'interno delle fattispecie, sulle implicazioni penalistiche del fatto e su quant'altro concerne i singoli reati?..

Amministrativo

La pillola di diritto del 16.10.2020

La chiusura degli hotspot non compete al Presidente della Regione

*#poteriStatoeRegioni #hotspot #migranti
#Covid19 #emergenzasanitaria*

T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, Sentenza n. 1952 del 25.09.2020

La pronuncia è stata emessa a valle di un decreto presidenziale che aveva già sospeso il provvedimento regionale, generando una scomposta e, *more solito*, disinformata polemica.

Il provvedimento impugnato, in particolare: a) aveva ordinato l'immediato sgombero – entro le ore 24 del 24 agosto 2020 – degli hotspot e dei Centri di accoglienza dei migranti e il trasferimento dei predetti in altre strutture fuori dal territorio della Regione Siciliana (art. 1); b) aveva disposto il divieto di ingresso, transito e sosta nel territorio della Regione Siciliana di ogni migrante che raggiunga le coste siciliane con imbarcazioni di grandi e piccole dimensioni, comprese quelle delle O.N.G. (art. 2).

La Sentenza presenta diversi interessanti spunti giuridici.

La legittimazione degli enti esponenziali

La legittimazione di una nota associazione

di consumatori è negata nonostante che essa, tra i fini statutari, riporti quello di tutelare la salute di cittadini e degli utenti dei servizi sanitari.

Il T.A.R., infatti, non ritiene dimostrata l'esistenza di un interesse "omogeneo" in capo agli associati. Il diritto alla salute degli associati non siciliani, infatti, si presenta contrapposto a quello dei cittadini siciliani che, dichiaratamente, il provvedimento mirava a tutelare. Non può essere escluso, quindi, un contrasto "interno" tra i potenziali interessati con conseguente inammissibilità dell'intervento dell'associazione in questione.

Sull'interesse a ricorrere

Le parti hanno insistito per la decisione al fine di chiarire il principio di diritto applicabile alla fattispecie (e allegando generiche pretese risarcitorie). Il T.A.R. ribadisce la natura di processo di diritto soggettivo (e non oggettivo) del processo amministrativo e, conseguentemente, dichiara l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse in quanto il provvedimento ha cessato di avere efficacia (esso, infatti, prevedeva un termine finale di efficacia, ormai scaduto). In particolare, è affermata la "natura soggettiva" del giudizio amministrativo "la quale trova un temperamento nello specifico caso di deferimento all'Adunanza Plenaria, in considerazione della funzione nomofilattica esercitata dal massimo organo della giurisdizione amministrativa (v. art. 99, co. 5, cod. proc. amm., secondo cui: Se ritiene



che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato.)”.

Il T.A.R. richiama, poi, la disposizione dell'art. 34, co. 2, cod. proc. amm. che “*non consente di adottare una pronuncia di merito i cui contenuti siano destinati a riverberarsi su un'attività amministrativa futura*”.

In conclusione sul punto, si richiama la giurisprudenza secondo cui è inammissibile ogni motivo di ricorso “***che tende ad ottenere una pronuncia di principio, che possa essere fatta valere in un futuro giudizio con riferimento a successivi comportamenti dell'amministrazione, atteso che la tutela di un interesse strumentale deve aderire in modo rigoroso all'oggetto del giudizio, con carattere diretto ed attuale***” (cfr., Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3365; idem, 22 novembre 2011, n. 6151; vedasi anche Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 10 dicembre 2014, parere n. 196 del 26 gennaio 2015).

La competenza statale in materia di hotspot

Pur se il ricorso è improcedibile, ai fini del regolamento delle spese, il T.A.R. prende decisamente posizione sul provvedimento regionale così confermando il precedente decreto monocratico.

In particolare, si rileva come la normativa

emergenziale conferisca alle Regioni solo un limitato potere interinale nell'adozione delle misure di contenimento del contagio (art. 2 co. 2 e 3 co. 1 del D.L. 19/2020 conv. con L. 35/2020).

Una simile distribuzione dei poteri trova conforto: a) nell'art. 117, co. 2, lettera q), Cost., che attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di “profilassi internazionale”; b) nel terzo comma dello stesso art. 117, che attribuisce allo Stato la competenza concorrente in materia di “tutela della salute” e “protezione civile; c) nell'art. 118, comma 1 Cost. in quanto “*il principio di sussidiarietà impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario*”, con conseguente “*attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali la «tutela della salute» e la «protezione civile»...*” (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 9 maggio 2020, n. 841).

La descritta limitazione dei poteri regionali, peraltro, si applica anche ai poteri di ordinanza in materia sanitaria “normalmente” spettanti alle regioni (ai sensi dell'art. 32 L. 833/1978) per espressa scelta legislativa (art. 3 co. 3 del citato D.L. 19/2020).

Alle considerazioni generali sul riparto di poteri nella gestione dell'emergenza, il T.A.R. aggiunge alcune interessanti considerazioni relative alla gestione dei migranti.

La Costituzione, infatti, attribuisce alla



competenza legislativa statale: l'“immigrazione” (art. 117, co. 2, lett. b), Cost.), il “diritto di asilo” e la “condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea” (art. 117, secondo comma, lett. a), Cost.).

Inoltre, tanto gli hotspot (v. art. 10 ter del d. lgs. n. 286/1998, introdotto dal d.l. n. 13/2017 conv. dalla l. n. 46/2017) quanto i centri di prima accoglienza “rientrano nella competenza del Ministro dell'Interno, rispettivamente in base all'art. 2 del d.l. n. 451/1995 (conv. dalla l. n. 563/1995) e all'art. 9 del d. lgs. 142/2015” si tratta, infatti, di strutture che mirano a evitare la dispersione sul territorio dei migranti e a consentire l'esecuzione di eventuali provvedimenti di espulsione.

L'intervento regionale in tema di immigrazione, pur previsto dalla normativa di settore, non può, infatti, riguardare “aspetti che attengono alle politiche di programmazione dei flussi di ingresso e di soggiorno nel territorio nazionale (v. Corte Costituzionale, 15 aprile 2010, n. 134, la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittima una norma regionale che aveva affermato la indisponibilità della Regione ad avere sul territorio strutture o centri in cui si svolgono funzioni preliminari di trattamento e identificazione personale dei cittadini stranieri immigrati)”; ciò in quanto il potere di disciplinare l'immigrazione rappresenta un profilo essenziale della sovranità dello Stato, primaria espressione del controllo del territorio (v. Corte Costituzione, 8 luglio 2010, n. 250).

Il T.A.R. nel dichiarare l'illegittimità del provvedimento rileva, quindi, che:

“- ha inciso direttamente sulla gestione dei flussi migratori, finendo sostanzialmente per disciplinare gli hotspot e i centri di accoglienza in sovrapposizione alla competenza statale, di natura esclusiva nel campo del controllo dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri sul territorio nazionale (v. anche art. 14 del d. lgs. n. 286/1998);

- ha esorbitato dai limiti correlati alla natura di ente territoriale esponenziale degli interessi della sottostante collettività (quali desumibili, altresì, dal richiamato art. 32 della l. n. 833/1978, che al comma 3 dispone che “Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale ... ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione ...”), in quanto il provvedimento era destinato a produrre effetti sul territorio di altre regioni, verso le quali il flusso migratorio avrebbe dovuto essere spostato una volta attuati i trasferimenti; incidendo, in ultima analisi, oltre che sull'intero territorio nazionale, anche sulla libertà di circolazione fra le Regioni, materia sottratta alla competenza della singola Regione, la quale può esercitare il potere solo nel proprio territorio in quanto elemento costitutivo”.

- ha inciso “sulla libertà di circolazione delle persone, nonostante nella stessa ordinanza sia stato esplicitamente richiamato l'art. 1, co. 4, del d.l. n. 33/2020 (conv. dalla l. n. 74/2020), il quale ha riservato allo strumento del D.P.C.M. qualsiasi intervento limitativo della circolazione delle persone da e verso l'estero, attraverso il rinvio all'art. 2 del d.l. n. 19/2020 e il significativo richiamo (oltre che ai



principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio epidemiologico) al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e degli obblighi internazionali?.