



Calamus iuris

La penna del diritto

La RIVISTA

RIVISTA MENSILE - ANNO 2 - NUMERO 12 - GENNAIO 2021

Editoriale

Amministrativo: La cancellazione di Trump dai “social media”: quis custodiet ipsos custodes?

di Arcangelo Monaciliuni

Approfondimenti

Civile: La responsabilità precontrattuale e la liquidazione del danno

di Ester Moccagighe

Penale: Art. 416 ter c.p.: è il rigore della sanzione la strada giusta?

di Luca Napolitano

Amministrativo: La natura della responsabilità della PA: nuova proposizione della questione alla Plenaria

di Teresa Grano

Schede di Giurisprudenza

Civile: Sulla natura ed eventuale ammissibilità del “diritto reale di uso esclusivo” costituito su beni condominiali

di Carlotta Marciano

Penale: Sulla modalità di estrinsecazione della violenza o minaccia nel delitto di illecita concorrenza posto in essere da appartenenti ad organizzazioni criminali mafiose

di Maria Giovanna Murrone

Amministrativo: La partecipazione procedimentale nei procedimenti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti

di Consuelo Calzolaio

Pillole di Diritto a cura di Luca Cestaro



Sommario

SOMMARIO.....	2
Editoriale	6
La cancellazione di Trump dai “social media”: quis custodiet ipsos custodes?.....	7
Il caso della rimozione di Trump da facebook e twitter	7
Libertà di espressione, stampa e social media nell’ordinamento U.S.A.	8
Conclusioni: una regolamentazione del potere censorio dei “social” è necessaria.....	11
APPROFONDIMENTI	13
CIVILE	14
La responsabilità precontrattuale e la liquidazione del danno	14
1. La responsabilità precontrattuale: dal diritto privato romano a Jhering.....	14
2. La natura giuridica della responsabilità precontrattuale	15
2.1. La teoria della natura extracontrattuale	15
2.2. La teoria della natura contrattuale.....	16
2.3. Il contatto sociale qualificato	17
3. Le ipotesi di responsabilità precontrattuale.....	19
3.1. Il recesso ingiustificato dalle trattative	19
3.2. Violenza e dolo. Il dolo incidente e la responsabilità precontrattuale da contratto valido.....	20
3.3. La responsabilità per conclusione di contratto invalido. I doveri di informazione	23
4. Dalla natura giuridica della responsabilità precontrattuale al danno risarcibile.....	25
4.1. Il danno risarcibile e la liquidazione del danno	26
PENALE	28
Art. 416 <i>ter</i> c.p.: è il rigore della sanzione la strada giusta?	28
Introduzione.....	28
1. I contraenti del patto politico-mafioso	28
2. Il metodo di procacciamento dei voti	30
3. La condotta del promissario	31
4. Il trattamento sanzionatorio	34
4.1 La circostanza aggravante ad effetto speciale.....	36
4.2 Compatibilità della fattispecie con le aggravanti del metodo e del fine di agevolazione mafiosi	36
4.3 La pena accessoria	37



5. Riflessioni conclusive	37
AMMINISTRATIVO	39
La natura della responsabilità della PA: nuova proposizione della questione alla Plenaria	39
1. La responsabilità della PA: l'evoluzione nel riconoscimento	39
2. Le posizioni sulla natura di tale responsabilità.....	41
3. A proposito di responsabilità della PA, C.g.a., Sent. n.1136 del 15/12/2020: la vicenda processuale.....	44
3.1 Rimessione della questione alla Plenaria	45
3.2 Sopravvenienze normative e nesso di causalità.....	46
SCHEDE DI GIURISPRUDENZA	49
CIVILE	50
Sulla natura ed eventuale ammissibilità del “ <i>diritto reale di uso esclusivo</i> ” costituito su beni condominiali	50
Cassazione civile sezioni unite - 17/12/2020, n. 28972	50
È ammissibile la costituzione di un diritto di uso esclusivo su beni condominiali, alla luce dei principi di tipicità e del numerus clausus dei diritti reali?	50
Fatto.....	50
Normativa	51
Inquadramento.....	52
Soluzione	55
PENALE	56
Sulla modalità di estrinsecazione della violenza o minaccia nel delitto di illecita concorrenza posto in essere da appartenenti ad organizzazioni criminali mafiose.....	56
Cassazione penale, seconda sezione, Sentenza n. 34214 del 2 dicembre 2020.....	56
Fatto.....	56
Normativa	57
Inquadramento.....	57
Soluzione	62
AMMINISTRATIVO	65
La partecipazione procedimentale nei procedimenti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti	65
Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. n. 7972 del 14 dicembre 2020	65
Fatto.....	65
Normativa	66
Inquadramento.....	68
Soluzione	75
PILLOLE DI DIRITTO	79



Civile	80
<i>La pillola di diritto del 09.01.2020</i>	80
<i>La revoca dell'apertura di credito e la buona fede esecutiva</i>	80
#buonafede #aperturadicredito #revoca	80
Corte di Cassazione, sez. I civile, Ordinanza n. 29317 del 22.12.2020.....	80
La compensatio lucri cum danno tra indennizzo e risarcimento	82
Penale	84
La pillola di diritto del 25.01.2021.....	84
La falsificazione dell'ISEE per ottenere il reddito di cittadinanza.....	84
#falsedichiarazioni #ISEE #redditodicittadinanza #640biscp #truffa	84
Corte di Cassazione, sez. II penale, Sentenza n. 2402 del 20.01.2021	84
Amministrativo	86
<i>La pillola di diritto del 18.01.2021</i>	86
<i>I poteri comunali nel regolare la rete 5G</i>	86
#5g #ordinanzecontigibileurgenti #potericomunali	86
T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, Sent. n. 8 del 14.01.2021	86

Anno 2, n. 12, gennaio 2021

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*
Maria Porcelli – *in attesa di nomina quale magistrato ordinario*

indirizzo redazione

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



Editoriale

La cancellazione di Trump dai “social media”: quis custodiet ipsos custodes?

di Arcangelo Monaciliuni

Il caso della rimozione di Trump da facebook e twitter

I proprietari/fondatori/patron dei social hanno proficuamente studiato Platone del quale mostrano, nei fatti, di condividere la filosofia ed in particolare l'assunto “Γελοῖον γάρ τὸν γε φύλακα φύλακος δεῖσθαι”, ovvero “E’ certamente ridicolo che un custode abbia bisogno di un custode” (così Platone, III libro della sua Πολιτεία). Come noto, per il filosofo greco colui che è chiamato a guidare la polis, in quanto egli stesso filosofo/saggio, sarà educato all’idea di giustizia e del bene e non avrà quindi bisogno di un guardiano che ne sorvegli le azioni.

Ed i Ceo della Silicon Valley -a partire da Zuckerberg e da Jack Dorsey, ovvero da Facebook e da Twitter-, evidentemente si ritengono anche filosofi/saggi, oltre che dichiaratamente fermi assertori dei valori della democrazia, della inclusione, della libera espressione.

Sol che, tralasciando il divenire della storia, della cultura, dei concetti di libertà e di democrazia, già Platone riferiva l'assunto ai reggitori della polis. Il che a dire che il saggio, il filosofo non aveva bisogno di custodi solo in quanto e per quanto “advocato” a reggere la cosa pubblica. Né

mai, sempre a tacere del divenire della storia, per lo stesso Platone il reggitore, a mò di faraone egizio, essere semidivino, poteva protendere il braccio e pronunciare: “Che il nome di Mosè sia cancellato da ogni libro e da ogni tavola, sia cancellato da ogni colonna e da ogni obelisco, cancellato da ogni monumento dell'Egitto, che il nome di Mosè non sia più pronunciato e scompaia dalla memoria di ognuno per sempre. Così sia scritto e così sia fatto”.

Non mi si irrida troppo facilmente. Non intendo attribuire ai Ceo di Silicon Valley intenzioni tirannicide, né, tanto meno, sto paragonando Donald Trump, sia pur nella versione di Potus, a Mosè.

Le iperboli mi son servite per introdurre una analisi di quanto è accaduto, nel contempo anticipandone, plasticamente, le conclusioni.

Quel che è accaduto è che, in presenza dell’attacco al Campidoglio dei giorni scorsi da parte di sostenitori del Presidente in carica degli Stati Uniti d’America, gli account Facebook e Twitter, sia di Donald Trump che di Potus, acronimo per Presidente of the United States, sono stati chiusi. “Troppo grandi i rischi se permettiamo al Presidente di continuare a usare il nostro servizio ... Occorre evitare che inciti nuovamente alla violenza, alla insurrezione” la succinta motivazione delle “sentenze” emesse, a tambur battente, dagli algoritmi, dagli uffici “censura” di Facebook e di Twitter.

Libertà di espressione, stampa e social media nell'ordinamento U.S.A.

Orbene, il primo emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti recita: “*Il Congresso non promulgherà leggi ... che limitino la libertà di parola, o della stampa....*”.

Questa pietra fondante della democrazia americana trova corrispondenza in analoghe previsioni delle Costituzioni delle democrazie occidentali, ivi compresa quella Italiana, il cui art. 21 reca l'esplicito divieto di sottoporre la stampa (superfluo rammentare che, all'epoca la rete, i social, non esistevano) ad autorizzazioni e censure ed affidando la potestà di “sequestro” all'Autorità giudiziaria “*nel caso di delitti per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizza...*”, nonché (trova corrispondenza) nella Carta fondamentale dell'Unione Europea diritto europeo, il cui art. 11 recita: “*1. Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera....*”, *ferma, beninteso, la potestà di sottoporre “l'esercizio di queste libertà, poiché comporta doveri e responsabilità, alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica...”* (cfr. art. 52 della Carta cennata ed art. 10 della CEDU /Convenzione Europea dei diritti dell'uomo).

Il che a dire che, per “diritto delle genti”, le cui tracce peraltro risalgono ben più

addietro nei tempi, la libertà di espressione e di manifestazione è protetta in modo assoluto e solo disposizioni di legge possono, in via di eccezione, limitarle.

Nell'ordinamento di oltreoceano è la sezione 230 del *Communications Decency*, recante la *Protection for private blocking and screening of offensive material* (Protezione per il blocco privato e lo screening di materiale offensivo), a dare atto che “La gamma in rapido sviluppo di Internet e di altri servizi informatici interattivi a disposizione dei singoli americani rappresenta un progresso straordinario nella disponibilità di risorse educative e informative per i nostri cittadini...”; a sostenere che “È politica degli Stati Uniti promuovere il continuo sviluppo di Internet e di altri servizi informatici interattivi e altri media interattivi..”; ad assicurare libertà “da regolamentazioni federali e statali..”; a garantire che “Nessun fornitore o utente di un servizio informatico interattivo sarà trattato come editore o oratore di qualsiasi informazione fornita da un altro fornitore di contenuto informativo”. Infine, a sancire che “Nessun fornitore o utente di un servizio informatico interattivo può essere ritenuto responsabile per: qualsiasi azione intrapresa volontariamente in buona fede per limitare l'accesso o la disponibilità di materiale che il fornitore o l'utente considera osceno, osceno, lascivo, sporco, eccessivamente violento, molesto o altrimenti discutibile, indipendentemente dal fatto che tale materiale sia protetto costituzionalmente o meno”.

In definitiva, ai social, ferme le testuali previsioni della Sezione 230 secondo cui i suoi contenuti non hanno effetti su altre leggi (diritto penale, proprietà intellettuale, privacy, traffici sessuali), viene riconosciuta una immunità che li esonera da responsabilità.

Di tutta evidenza le differenze con la stampa, che consente il previo controllo del materiale, viene da interrogarsi se questa larga immunità concessa ai social per quanto qui più interessa possa anche essere intesa, esser trasformata, in potestà di espulsione non del singolo contenuto immesso sul social, ma dello stesso iscritto al social. E tanto in ragione della regolamentazione interna accettata espressamente o *per silentium* all'atto della iscrizione, ovvero degli standard della Community, della cui opponibilità in una eventuale sede giudiziaria è tuttavia dato dubitare.

Alcune considerazioni al riguardo.

In primo luogo, va fatto constare che la sezione 230 è da tempo nel mirino dell'Esecutivo e del Congresso americano, in particolare per quanto afferisce proprio all'ampiezza delle potestà/immunità riconosciute ai social. Attualmente pende all'esame del Congresso un disegno di legge che la Sezione modifica, così come pende all'esame delle Istituzioni Europee un progetto di Regolamento sui servizi e sul mercato digitali presentato dal commissario europeo per il Mercato interno e contenente anch'esso previsioni limitative della deresponsabilizzazione dei giganti del web.

La Corte suprema degli Stati Uniti -che non (mi) risulta sia mai stata chiamata ad occuparsi di un caso di espulsione, di bando, dalla comunità dei social, dell'iscritto- si è occupata invece di fattispecie di inneggiamento alla violenza, o di illustrazione di atti di violenza ed alla loro eventuale protezione da parte del primo emendamento, ovvero dell'ampio manto protettivo da questo offerto alle libertà di pensiero e di comunicazione (*"Il Congresso non promulgherà leggi ..."*).

Per vero, se pur "La Costituzione americana non è un patto suicida", come dichiarato da Abraham Lincoln nel sopprimere le garanzie dell'habeas corpus durante la guerra civile e se pur vero che il diritto di prevenzione ha trovato sbocchi e "comprensione" da parte della Corte Suprema in determinati momenti storici (da ultimo, in occasione del Patriot Act seguito all'assalto terroristico alle Torri gemelle e della pronuncia sul contestatissimo caso *Holder v. HumanitarianLaw Project* in tema di ammissibilità di condanne per "aiuto o sostegno" ad una FTO (foreignterroristorganization), resta tuttora, in via generale, valido e fermo il precedente di *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969) che -capovolgendo espressamente il precedente *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), un caso in cui una donna era stata imprigionata per aver aiutato il Partito Comunista- ha affermato testualmente che le "nostre" (della Corte) "decisioni hanno modellato il principio che le garanzie costituzionali di libertà di espressione e di



stampa non permettono ad uno stato di proibire o bandire il patrocinio o l'incitamento all'uso della forza o la violazione della legge”, espressamente (in questo il capovolgimento) eliminando l'eccezione “a meno che tale patrocinio sia diretto ad incitare o produrre un imminente azione illegale ed è in grado di istigare o di causare tale azione”.

E, del resto, sempre la Corte Suprema (Stati Uniti contro Alvarez, 28 giugno 2012, in cui era in discussione la validità della legge penale, dello Stolen Valor Act, che considerava reato la menzogna, da Alvarez pronunciata, per accedere ad una carica elettiva, sull'aver conseguita la Medaglia di Onore del Congresso) ha avuto modo di statuire che “quantunque possano esistere diverse interpretazioni del Primo Emendamento, c'è generale accordo sul fatto che lo scopo principale di quell'Emendamento è di proteggere la libertà di discussione sulle questioni pubbliche..... La nostra tradizione costituzionale è contraria all'idea che abbiamo bisogno del Ministero della Verità dell'Oceania... Il rimedio alla parola falsa è la parola vera. Questo è il corso ordinario in una società libera... La risposta all'irragionevole è il razionale; a chi non è informato, a chi è illuminato; alla menzogna, la semplice verità... La nazione sa bene che uno dei costi del Primo Emendamento è che protegge il discorso che detestiamo così come il discorso che abbracciamo”.

E tanto, a non voler tirare in campo, solo

per brevità, il quattordicesimo emendamento che, introdotto nel 1868 per difendere gli schiavi dalla segregazione, si occupa della Equalprotection da politiche discriminatorie.

In definitiva, nessuna censura, né tanto meno controllo preventivo e, ancora, nessuna discriminazione, quale di certo potrebbe essere quella che discriminasse personaggi politici in base alla loro appartenenza.

È questo l'approdo delle democrazie, dai tempi di Voltaire del “Non sono d'accordo con te, ma difenderò fino alla morte il tuo diritto a dirlo”, dalla dottrina del libero mercato delle idee di John Milton, al paradosso di Popper secondo cui se si vuole “garantire la tolleranza nella società aperta è necessario essere intolleranti nei confronti dell'intolleranza”.

Non intendo predicare l'assolutezza di siffatti approdi. Ho già detto della estrema delicatezza delle tematiche e ben so che esistono verità che tali restano senza poter essere condizionate dalle risultanze del libero dibattito e che per tali devono essere tenute. Ben so, per altro connesso verso, che in gioco, con i molteplici profili problematici connessi, è la stessa possibilità di esistenza di fatti (piano ontologico) disgiunti da una loro interpretazione (piano epistemologico).

Ma se tale è lo “stato dell'arte”, se tali sono le difficoltà della relativa “lettura”, non può che restarsi stupiti a fronte di talune posizioni tese ad osannare, giustificare o solo a benevolmente comprendere la

rimozione dai social dell'account del Presidente degli Stati Uniti, effettuata d'imperio dai gestori dei social. Se è controversa la sussistenza della stessa potestà statale di intervenire a limitare le libertà in discorso, se si controverte sui limiti che, in tema di diritto di "prevenzione", possono essere ammessi in capo al legislatore e quindi ancora sulla qualificazione dei comportamenti concreti, anche estremi, davvero appare non condivisibile la posizione di chi tali poteri ritiene possano sussistere al di fuori ed al di là della loro formazione/controllo legittimo e democratico.

Conclusioni: una regolamentazione del potere censorio dei "social" è necessaria

A questo punto appare opportuno proseguire schematicamente.

1) i big social non sono meri soggetti di diritto privato, per rappresentare il più potente, diffuso e capillare strumento di informazione/comunicazione del mondo. Trattasi di colossi che, attraversando le frontiere ed occupando l'etere, ovvero utilizzando spazi e mezzi non riconducibili a proprietà/possesso/disponibilità private, "controllano" le vite di miliardi di persone, influenzandone comportamenti, costumi, consumi e scelte politiche. Il che ne impone una qualificazione pubblica/pubblicistica: qualificazione che ogni ordinamento statale -o sovra statale, quale il diritto comunitario europeo- riconosce, nelle diverse peculiarità proprie di ciascuno.

2) i social non hanno veste associazionistica, a base democratica (assemblea degli associati), sì da poter liberamente decidere chi debba/possa far parte della associazione.

3) l'esistenza di regolamentazioni interna, liberamente accettata -qual sia l'esatta natura giuridica del rapporto/contratto/contatto sociale- non potrà validamente essere opposta nei Tribunali, ove questa cozzì con i principi costituzionali, ovvero con norme imperative, per dover essere -e pacificamente- ritenuta/dichiarata nulla, se non anche inesistente. Sul punto, quanto ai principi, a ritenersi validi universalmente, cfr. anche Tribunale di Roma pronuncia del 12 dicembre 2019 che ha ordinato "l'immediata riattivazione della pagina Facebook" di una associazione di promozione sociale e cfr. anche la ancor più recente decisione di un Tribunale israeliano di "sbloccare l'account" di un dipendente del gruppo NSO, che, a dire di facebook, aveva "effettuato attacchi informatici contro attivisti per i diritti umani, giornalisti e diplomatici".

4) in particolare, la sopracennata Sezione 230 del *Communications Decency* in alcun modo può essere intesa come capace di autorizzare i social a bandire l'iscritto, per solo esonerarli dalle responsabilità dei singoli post/tweet.

5) il dato di fatto -non di diritto: cfr. ancora la pronuncia del Tribunale di Roma di cui sopra- che quotidianamente il bando viene attuato nei confronti di chiunque violi le regole, liberamente accettate, in piana

evidenza si appalesa irrilevante.

6) la necessità di rimozione immediata di singoli Post, immagini, a contenuti violenti e offensivi, pornografici e così via dicendo, non è in discussione in quanto coperta da specifiche “leggi penali”.

7) nessuna norma di legge invece consente che la potestà di intervenire liberamente sui social per diffondere le proprie idee, per lanciare i propri proclami possa essere preclusa dallo stesso social, che in cambio, nel diritto statunitense, ha avuto espressamente garantita l’irresponsabilità.

La contropartita dell’irresponsabilità si sostanzia nel ritenersi (nel doversi ritenere) il social la moderna agorà, la piazza, oggi virtuale, aperta a tutti e nella quale se si commettono reati sarà l’Autorità ad intervenire. La contropartita sta nel ritenere il social lo “Speakers Corner” di Hyde park che un atto del Parlamento inglese del 1872 decretò “libero da censura”.

8) se è poi vero che tutti sono eguali di fronte alla legge, ancora vero che i dibattiti elettorali, la tenzone politica è il sale delle democrazie ed oggi il confronto si svolge, ha vita prevalentemente sui social, sicchè non possono esistere spazi per interventi “censori”.

9) ed interventi “censori” vieppiù non possono essere ammessi nei confronti di chi è (già) stato investito da un mandato popolare attraverso libere elezioni. Qui, a meno di non confondere democrazia con demagogia, il grado di protezione ha da essere maggiore. E tanto a non voler considerare la doverosa assicurazione di

“spazi protetti” all’Esecutivo che ne abbisogni per comunicazioni “istituzionali”.

10) violazione delle leggi da parte del Presidente degli Stati Uniti, il suo eventuale stato di incapacità, suoi atti e comportamenti eversivi e la loro gravità non possono che essere sanzionati da chi ha il potere per farlo e di farlo con tutta la immediatezza richiesta. Ma “staccare la spina” al Capo dell’Esecutivo, al rappresentante in carica della Nazione, non appare giustificabile in alcun modo, tanto meno dalla “regola aziendale” che preclude al soggetto bandito l’utilizzo di altri account.

11) corollario a quanto fin qui osservato la evidenza della necessità che, per quanto difficile abbia ad essere, i diversi ordinamenti -auspicabilmente correlati fra loro, tentativi di tal genere sono in corso su entrambe le sponde legislative dell’Atlantico- intervengano per assicurare libera e piena esplicazione degli incomprimibili diritti di cui è questione, sottraendo espressamente l’individuazione delle regole di base ai patron dei social per poi affidarne il controllo ad organismi indipendenti (dai social e dagli Esecutivi).

Dall’alba della storia chi controlla l’informazione ha il potere. In un mondo globalizzato, la sua concentrazione in poche mani, in oligarchie digitali, è un evidente pericolo. E dunque non si plauda tanto facilmente.



Approfondimenti

CIVILE

La responsabilità precontrattuale e la liquidazione del danno

di Ester Mocciafighe

1. La responsabilità precontrattuale: dal diritto privato romano a Jhering¹

La responsabilità precontrattuale non è un istituto nuovo.

Gli articoli 1337 e 1338 c.c., invero, rappresentano la positivizzazione di una tradizione storica, che affonda le sue radici nel diritto privato romano, attraversa il Medioevo, approda all'età moderna e continua a suscitare dibattiti nella contemporaneità.

Infatti, già in epoca romanistica erano previsti rimedi per l'ipotesi in cui nel corso delle trattative uno dei contraenti avesse usato dolo o violenza nei confronti dell'altro.

Dapprima, siffatti comportamenti erano considerati fonte di responsabilità aquiliana; successivamente, però, fu introdotta l'*exceptio doli mali*², che costituì rimedio

necessario avverso ogni forma di illecito negoziale.

Durante l'Illuminismo, il giurista francese Pothier fondò la teoria secondo cui al dolo e alla violenza dovesse essere equiparato l'errore, cosicché pure al contraente caduto in errore spettava il risarcimento del danno. In questo modo, si introdusse una distinzione tra l'induzione in errore a causa dell'inganno della controparte e l'errore determinato da altre circostanze non imputabili al comportamento altrui. Tuttavia, ai fini della configurabilità di una responsabilità, era necessario che la controparte si accorgesse dell'errore e ne approfittasse.

Pertanto, il dolo, la violenza e l'errore costituivano non soltanto difetti di validità del contratto, ma altresì fonti di un obbligo risarcitorio.

Non si contestava la natura delittuale della responsabilità, anzi la si confermava: non solo il dolo, ma pure il comportamento colpevole nel corso delle trattative poteva essere fonte di responsabilità extracontrattuale.

Tale elaborazione dottrinale fu recepita nel codice napoleonico. In particolare, l'art. 1382 cod. Nap. esprimeva il principio generale secondo cui la responsabilità è fondata sulla colpa, sicché il problema della responsabilità precontrattuale si risolveva alla luce di tale formula onnicomprensiva.

Nella Germania del XIX secolo, invece, la questione era più complessa: i giuristi tedeschi erano limitati dalla tipicità dei

¹GALLO P., *Contratto e buona fede*, UTET giuridica, Torino, 2014, pp. 215-219.

² L'*exceptio* era un rimedio a favore del convenuto. L'*exceptio doli mali* fu introdotta nella prima metà del I secolo a.C. e fu strumento necessario per invalidare i negozi dai quali nascevano azioni che non erano di buona fede: infatti, la vittima del giudizio avrebbe potuto essere convenuta in giudizio per l'adempimento e l'azione sarebbe stata *iure civili* fondata, se non fosse stata prevista l'*exceptio doli mali*.

MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palumbo, Palermo, 2006, pp. 150 ss.



rimedi delittuali di derivazione romanistica. Fu Jhering, illustre romanista e critico della dottrina Pandettistica, a superare l'ostacolo e a formulare una teoria innovativa³.

La soluzione per aggirare il rigido sistema della responsabilità civile tedesca fu quella di ricondurre la *culpa in contrahendo* nell'alveo della responsabilità contrattuale, in quanto conseguenza della violazione dei doveri di correttezza fondati sulla buona fede che si pongono nelle trattative.

Il dibattito circa il fondamento e la natura della responsabilità precontrattuale si diffuse anche in Italia, ove inizialmente la dottrina maggioritaria negava la configurabilità di responsabilità in caso di recesso dalle trattative.

Il codice civile del 1865 nulla disponeva a riguardo. Fu il magistrato Faggella a riprodurre la dottrina tedesca della *culpa in contrahendo*.

Infatti, il giurista italiano nella sua esperienza professionale aveva osservato che spesso gli interessi economici e commerciali erano lesi dall'incertezza della disciplina sulle trattative precontrattuali.

Ciò aprì la strada alla soluzione secondo cui i comportamenti scorretti durante le trattative, in particolare il recesso ingiustificato, fossero sanzionabili, con conseguente obbligo di risarcire il danno.

Tale ricostruzione fu successivamente avallata dalla giurisprudenza e fu recepita nel codice civile del 1942 agli artt. 1337 e

1338 c.c.

Tuttavia, il legislatore fascista non risolse la questione relativa alla natura giuridica della responsabilità precontrattuale.

2. La natura giuridica della responsabilità precontrattuale

2.1. La teoria della natura extracontrattuale

Tradizionalmente le ipotesi di responsabilità precontrattuale sono state qualificate, sia in dottrina sia in giurisprudenza, come illeciti civili extracontrattuali.

Pertanto, gli artt. 1337 e 1338 c.c. costituiscono un'applicazione della regola generale sancita all'art. 2043 c.c. Ne consegue che, in assenza di una normativa specifica, qualsiasi illecito commesso durante le trattative ricade nell'ambito di applicazione di tale norma.

Infatti, l'illecito civile è atipico: la normativa di cui all'art. 2043 c.c. impone il risarcimento del danno ingiusto, cioè quello che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l'ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale⁴.

La responsabilità precontrattuale, allora, indica la responsabilità per lesione della libertà contrattuale⁵.

A sostegno di tale soluzione interpretativa, si osserva che nella fase delle trattative il vincolo contrattuale non si è ancora formato e, quindi, i soggetti sono tenuti al

³ Non è casuale, allora, che sia Pothier sia Jhering fossero profondi cultori e conoscitori del diritto romano e che avessero sposato una concezione morale del diritto civile.

⁴CENDON P., *Illeciti. Danni. Risarcimento* in Trattario di diritto civile, Giuffrè editore, 2013, pp. 22 ss.

⁵ BIANCA C. M., *Il contratto* in *Diritto civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p.139.

rispetto non di obbligazioni *ex contractu*, bensì del generale dovere di *neminem laedere*, che vincola tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico e che costituisce il fondamento della responsabilità aquiliana.

Allora, il regime giuridico applicabile alla responsabilità precontrattuale coincide con quello della responsabilità extracontrattuale. Esso mira a tutelare non l'interesse all'adempimento di un'obbligazione, bensì quello alla preservazione della libertà negoziale privata⁶.

Questa ricostruzione è pregevole ed è condivisibile, però solleva talune perplessità. In particolare, non si ravvisa una ragionevole giustificazione per la previsione delle ipotesi specifiche di cui all'art. 1337 e 1338 c.c., se in ogni caso opera la regola generale di cui all'art. 2043 c.c.

Pertanto, la collocazione sistematica delle disposizioni in commento suggerisce che gli illeciti ivi descritti abbiano diversa connotazione: esse, infatti, sono inserite nel libro delle obbligazioni, nel capo dedicato alla disciplina del contratto in generale, precisamente nella sezione relativa all'accordo delle parti.

Atteso che nel codice civile del 1865 non era disciplinata alcuna figura di responsabilità precontrattuale, la scelta del legislatore del 1942 è ancora più pregnante: non solo è stata riconosciuta rilevanza agli illeciti commessi durante la fase delle trattative, ma la relativa disciplina è stata

inserita nella normativa sul contratto.

Pertanto, altra parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono che la responsabilità precontrattuale sia una fattispecie di responsabilità da inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c.

2.2. *La teoria della natura contrattuale*⁷

L'orientamento prevalente riconduce la responsabilità precontrattuale nell'alveo dell'illecito extracontrattuale. Tale tesi origina dall'assunto che in assenza di vincolo contrattuale non opera il regime di cui all'art. 1218 c.c.

In realtà, questa norma non presuppone necessariamente un contratto; al contrario, essa postula l'esistenza di un'obbligazione inadempita. Infatti, è più corretto qualificarla come responsabilità da inadempimento piuttosto che responsabilità contrattuale.

Allora, è dirimente stabilire se l'art. 1337 c.c. costituisca rimedio alla violazione del dovere di *neminem laedere* ovvero all'inadempimento di un'obbligazione.

Il tenore letterale della disposizione è chiaro: "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*".

In primo luogo, si nota che la fase delle trattative e quella di formazione del contratto sono equiparate, ma distinte. Ciò implica che la regola di comportamento sancita dalla norma si applica anche qualora

⁶ BIANCA C. M., *Il contratto in Diritto civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p.140.

⁷ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, Accademia del diritto, Roma, 2019, pp. 1123 ss.

non venga formato alcun contratto.

In secondo luogo, dunque, l'art. 1337 c.c. stabilisce che l'illecito consiste nella violazione della regola di buona fede.

Quindi, si tratta di un'obbligazione *ex lege*.

La buona fede è una clausola generale dell'ordinamento che costituisce altresì una fonte di obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. Essa non è riconducibile nell'ambito del generico divieto di *neminem laedere*, giacché ha un contenuto precettivo positivo e specifico: il legislatore ha posto l'accento su un vincolo comportamentale determinato, che coinvolge i soggetti di un rapporto obbligatorio.

Peraltro, pure la formulazione dell'art. 1338 c.c. conferma tale ricostruzione. Più precisamente, tale norma costruisce un parallelismo con la disciplina relativa ai vizi del consenso, che determinano l'annullabilità del contratto: il dolo, la violenza e l'errore influiscono sulla libertà di autodeterminazione e comportano una distorsione della rappresentazione della realtà e della conseguente manifestazione di volontà.

Tali comportamenti, però, non costituiscono semplicemente una violazione delle regole di validità del contratto, ma anche una violazione delle regole di condotta.

Infatti, sia dall'annullamento del contratto già concluso sia dalla reticenza durante la fase delle trattative precontrattuali sorge il diritto al risarcimento del danno, che consiste nella lesione dell'altrui libertà

negoziale.

La previsione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative ha finalità non meramente solidaristiche, ma altresì economiche: la trattativa interrotta ingiustificatamente è inutile e diseconomica, giacché distrugge risorse senza crearle; la trattativa scorretta, d'altro canto, pure produce esternalità negative, poiché permette ad una parte di avvantaggiarsi delle asimmetrie informative, non conformi al principio di ottimo paretiano⁸.

In conclusione, le fattispecie di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. configurano non una declinazione del dovere generale di *neminem laedere* espresso dall'art. 2043 c.c., bensì del dovere generale di buona fede, espresso dall'art. 1175 c.c.

Allora, alla responsabilità precontrattuale deve applicarsi lo statuto della responsabilità da inadempimento di cui agli artt. 1218 ss. c.c.

In ultima analisi, taluni⁹ osservano che la responsabilità precontrattuale sarebbe stata comunque attratta nell'ambito di quella contrattuale anche in assenza dell'art. 1337 c.c., in quanto riconducibile nell'alveo della responsabilità da contatto sociale qualificato.

2.3. Il contatto sociale qualificato

La dottrina è giunta a configurare

⁸ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, Accademia del diritto, Roma, 2019, p. 1124.

⁹ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, Accademia del diritto, Roma, 2019, p. 1124.



obbligazioni senza prestazione, cioè situazioni in cui dal contatto sociale scaturiscono obbligazioni accessorie di protezione, seppure in mancanza di una prestazione principale¹⁰. L'inosservanza degli obblighi di protezione costituisce un vero e proprio inadempimento e dà luogo a responsabilità *ex art.* 1218 c.c.

Ebbene, il principio di buona fede è il *trait d'union* tra la teoria del contatto sociale qualificato e la responsabilità precontrattuale.

Come già osservato, la dottrina prevalente riconduce la responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale, quindi alle ipotesi di violazione del dovere di *neminem laedere*.

Ne deriva una distinzione: la responsabilità precontrattuale ha natura extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.; il contatto sociale qualificato, invece, determina l'insorgenza di una vera e propria obbligazione, pertanto l'inadempimento della stessa dà luogo a responsabilità *ex art.* 1218 c.c. Se nonché, il modello dell'obbligazione senza prestazione è costituito proprio dalla responsabilità precontrattuale: il contatto sociale conseguente all'instaurazione delle trattative fa sorgere obbligazioni reciproche di correttezza, la cui violazione comporta responsabilità da inadempimento.

A tal proposito, è interessante la giurisprudenza sulla responsabilità procedimentale della pubblica

amministrazione. Inizialmente, la Cassazione e la giurisprudenza amministrativa consideravano il procedimento amministrativo alla stregua di una trattativa precontrattuale, con la conseguenza che la pretesa risarcitoria del soggetto danneggiato non era contrattuale né corrispondeva ad un'ingiusta lesione di un diritto da parte di un terzo *ex art.* 2043 c.c.¹¹

In seguito, però, si consolidò l'idea che nell'ipotesi di emanazione di atti amministrativi illegittimi la responsabilità fosse da contatto sociale, con conseguente presunzione di colpa.

La teoria del contatto sociale qualificato, quindi, assolve la funzione di svuotare l'ambito della responsabilità extracontrattuale, al fine di semplificare l'onere probatorio del soggetto danneggiato in determinate situazioni specifiche e delicate, come ad esempio nei rapporti tra banca e cliente ovvero tra medico e paziente.

Allora, appare irragionevole ricorrere al contatto sociale qualificato per contrattualizzare la responsabilità precontrattuale, anziché fare riferimento alla regola di buona fede come fonte di obbligazioni.

D'altronde, l'art. 1337 c.c. sancisce un obbligo legale di comportarsi secondo buona fede già nella fase delle trattative, sicché non è necessario ricostruire la

¹⁰GALLO P., *Contratto e buona fede*, UTET giuridica, Torino, 2014, pp. 222 ss.

¹¹ Cons. di Stato, 2 settembre 2005, n. 4461.
Cass. civ., 21 novembre 2011, n. 24438.
Cons. di Stato, 27 novembre 2010, n. 8291.

fattispecie attraverso la teoria del contatto sociale qualificato per ricondurla nello schema della responsabilità *ex art.* 1218 c.c.

3. Le ipotesi di responsabilità precontrattuale

3.1. Il recesso ingiustificato dalle trattative

L'art. 1337 c.c., l'archetipo della responsabilità precontrattuale, sancisce che le parti, sia nello svolgimento delle trattative sia nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Si tratta, a bene vedere, di un'ipotesi specifica che ricalca la regola espressa dall'art. 1175 c.c. per le obbligazioni in generale e che crea un parallelismo con il corrispondente art. 1375 c.c., che prevede il medesimo vincolo comportamentale per la fase esecutiva del contratto.

Il recesso senza giusta causa dalle trattative costituisce un'ipotesi frequente di responsabilità precontrattuale, sebbene non vi sia una norma *ad hoc* che disciplini tale circostanza.

Secondo la giurisprudenza, si ha rottura ingiustificata delle trattative quando il contraente recede senza una valida giustificazione da trattative condotte fino al punto da indurre l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto¹².

Quindi, il primo presupposto è che siano in corso trattative tra le parti, ovviamente.

Inoltre, i negoziati devono essere giunti ad

uno stadio idoneo da ingenerare l'altrui legittimo affidamento nella positiva conclusione del contratto.

Non è ragionevole stabilire a priori un limite oltre il quale le trattative sono certamente e pacificamente idonee a far sorgere tale convinzione. La dottrina, in via esemplificativa, suggerisce che tale limite può ravvisarsi quando i contraenti hanno raggiunto quantomeno un'intesa sui punti essenziali dell'affare, tralasciando solo la definizione di dettagli di minore importanza, ovvero quando l'accordo è stato raggiunto, ma deve essere tradotto in forma scritta *ad substantiam*¹³.

Quanto al giustificato motivo, parimenti la definizione dipende dalle peculiarità del caso concreto; pertanto, spetta al giudice stabilire se il recesso dalle trattative sia sorretto da una valida giustificazione oppure non.

Tuttavia, la giurisprudenza ha elaborato una casistica. In primo luogo, il recesso è giustificato quando la controparte apporta variazioni notevoli alle intese già raggiunte, tali da non rendere più allettante o conveniente l'affare.

In secondo luogo, il recesso è legittimo pure quando le trattative si protraggono lungamente nel tempo e subentrano nuove circostanze.

Ancora, il recesso è giustificato, se una parte viola le regole di correttezza. Ciò può apparire quasi implicito nella disposizione di

¹² Cass. civ., 26 febbraio 2013, n. 4802.

¹³ BIANCA C. M., *Il contratto in Diritto civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p.145.

cui all'art. 1337 c.c.

Infine, il rifiuto di rendersi autori di fatti antiggiuridici è indubbiamente una valida ragione per interrompere le trattative precontrattuali.

Le principali figure di responsabilità da recesso ingiustificato dalle trattative possono essere ricondotte al principio di non contraddizione: se si manifesta chiaramente l'intenzione di concludere il contratto e improvvisamente si interrompono le trattative, si configura un comportamento contrario all'obbligo di buona fede.

Alcuni autori hanno evidenziato che il riferimento alle sole trattative non è esaustivo, in quanto il soggetto potrebbe essere indotto a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto anche senza che abbia avuto inizio una trattativa.

In tal senso, all'ipotesi di recesso ingiustificato si può accostare quella di un'attività volta a rendere impossibile la conclusione del contratto: si fa l'esempio della distruzione della cosa che è oggetto del negozio¹⁴.

In tali situazioni, il motivo per cui non viene concluso il contratto non è dovuto al rifiuto della controparte, bensì all'impossibilità di concluderlo dovuta anche solo a colpa o scorrettezza di quest'ultimo¹⁵.

Appare evidente, in conclusione, che le fattispecie riconducibili nell'alveo dell'art. 1337 c.c. sono molto varie.

¹⁴ SACCO R., *Il contratto*, UTET, Torino, 2004, p.677.

¹⁵ GALLO P., *Contratto e buona fede*, UTET giuridica, Torino, 2014, p. 241.

Quanto all'elemento soggettivo, parte della dottrina nega che sia sufficiente la colpa del contraente ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale, ritenendo che sia necessario un comportamento contrario alla buona fede in senso soggettivo.

Secondo la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria, invece, l'obbligo di buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo.

La prova dell'interruzione delle trattative è a carico del danneggiato. Al contrario, in virtù del principio di vicinanza della prova, incombe sul presunto danneggiante dimostrare la sussistenza di una giusta causa scriminante.

3.2. Violenza e dolo. Il dolo incidente e la responsabilità precontrattuale da contratto valido

La lesione alla libertà negoziale certamente può realizzarsi per mezzo di condotte violente o dolose.

Ai sensi dell'art. 1435 c.c. la violenza deve essere tale da far temere alla persona di esporre sé o i propri beni ad un male ingiusto e notevole, tenendo conto dell'età, del sesso e della condizione della persona medesima.

La violenza determina l'annullamento del contratto, anche se è esercitata da un terzo, purché il contraente ne sia consapevole o partecipe (art. 1434 c.c.). La medesima regola si applica pure alle ipotesi di dolo.

Come già osservato, i vizi del consenso possono determinare sia l'annullabilità del

contratto sia la responsabilità precontrattuale, giacché di norma i raggiri o la violenza vengono usati nella fase di formazione del contratto.

Ad ogni modo, si rammenta che a mente dell'art. 1444 c.c. è ammessa la cosiddetta convalida implicita: il contratto annullabile si considera convalidato, se il contraente al quale spetterebbe l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione, conoscendo il motivo di annullabilità. Perciò, tale forma di convalida postula la verifica della sussistenza di due elementi: la volontarietà dell'esecuzione, ossia un comportamento mosso da una volontà priva di qualsivoglia costrizione; e la consapevolezza da parte del contraente dell'esistenza del vizio.

L'onere di dimostrare l'esistenza di tali elementi incombe sul convenuto in giudizio dal soggetto legittimato all'azione di annullamento. Questa soluzione si fonda sulla giurisprudenza elaborata in tema di eccezione di inadempimento¹⁶, che ha statuito che non si può pretendere la prova di un fatto negativo, quale è la prova dell'inconsapevolezza della sussistenza di un vizio del consenso al momento dell'esecuzione del contratto annullabile.

Le medesime considerazioni valgono, *mutatis mutandis*, per il caso in cui la parte decida di concludere comunque il contratto, pur conoscendo la causa di invalidità. In tali circostanze, allora, non si configura alcuna

responsabilità precontrattuale.

L'oggettiva violazione di una regola di comportamento, invero, non è rilevabile d'ufficio, nel senso che il giudice non può condannare taluno al risarcimento del danno in assenza di specifica domanda (art. 112 c.p.c.). La lesione della libertà negoziale è superata da una successiva determinazione del contraente leso, che volontariamente sceglie di concludere un contratto, nonostante il vizio. La conoscenza del motivo di annullabilità, in altri termini, esclude la rilevanza dell'altrui reticenza o comportamento doloso o violento.

Tuttavia, occorre precisare che qualora il vizio determini la nullità del contratto, non vi è spazio alcuno per la convalida né implicita né esplicita; tant'è vero che la nullità è insanabile ed è sempre rilevabile d'ufficio

Tale differenza di regime si giustifica in base alla natura degli interessi tutelati attraverso la sanzione della nullità e di quelli protetti per mezzo dell'annullabilità: i primi sono interessi generali e costituiscono un limite all'autonomia privata, mentre i secondi sono particolari.

Ad ogni modo, se il contraente volontariamente e consapevolmente sceglie di concludere un contratto nullo, nonostante la reticenza della controparte, non può imputarsi a quest'ultima alcuna responsabilità. La conoscenza dell'esistenza del vizio esclude in ogni caso la rilevanza dell'omissione dell'informazione, quindi la responsabilità precontrattuale. Resta ferma

¹⁶ Cass. civ., Sezioni Unite, sent. 30 ottobre 2001, n. 13533.



la precarietà del rapporto così instaurato, giacché la nullità potrebbe essere dichiarata in qualsiasi momento.

Nell'ambito dei vizi del consenso, si distingue, poi, tra dolo determinante e dolo incidente: il primo implica certamente l'annullabilità del contratto, in quanto senza i raggiri usati dalla controparte, il contratto non sarebbe stato affatto concluso; al contrario, il dolo incidente non grava sulla validità del contratto, poiché esso sarebbe comunque stato concluso, ma a condizioni diverse. Ad ogni modo, in base alla lettera dell'art. 1440 c.c., il dolo incidente comporta l'obbligo di risarcire il danno.

Invero, il comportamento contrario a buona fede, sebbene non costituisca una violazione di una regola di validità, dà sempre luogo a responsabilità, nella misura in cui lede la libertà negoziale.

Sulla distinzione tra regole di validità e regole di condotta si fonda il recente orientamento giurisprudenziale favorevole alla configurabilità di una responsabilità precontrattuale da contratto valido.

Oltre all'ipotesi di dolo incidente, vi sono ulteriori vizi cd. incompleti della volontà, cioè quelli che sono privi di un qualche requisito richiesto dal legislatore ai fini dell'invalidità del contratto: ad esempio, la colposa induzione in errore determinante, ma non essenziale sui motivi¹⁷.

In sostanza, mentre l'inosservanza di una regola di comportamento fa sorgere

soltanto un'obbligazione risarcitoria, la violazione di una regola di validità determina l'annullabilità del contratto e la responsabilità precontrattuale.

I raggiri usati per indurre la controparte a concludere un contratto valido ma non conveniente possono consistere nell'omissione di talune informazioni ovvero nella condivisione di informazioni inesatte. In tal caso, allora, la reticenza rileverebbe non ai sensi dell'art. 1338 c.c., bensì ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Autorevole dottrina¹⁸ afferma che la mancata informazione sulla non convenienza dell'affare si colloca al di fuori dell'ambito della responsabilità precontrattuale.

L'informazione è essa stessa un bene suscettibile di valutazione economica e non si è tenuti a condividere ogni genere di informazione, giacché nel mercato concorrenziale l'imprenditore può legittimamente trarre vantaggio dalla conoscenza di situazioni o circostanze influenti sul valore dei prodotti o dei servizi. Tra i due estremi, costituiti dall'obbligo di divulgare solo le informazioni strettamente rilevanti e dall'obbligo di completa *discovery*, si sono inserite teorie intermedie, elaborate sia da economisti sia da giuristi. Tuttavia, la questione non può essere approfondita in questa sede¹⁹.

¹⁸BIANCA C. M., *Il contratto in Diritto civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp.142 ss.

¹⁹Per utili spunti di riflessione, si veda: GALLO P., *Contratto e buona fede*, UTET giuridica, Torino, 2014, pp. 257 ss.; GALLO P., *Analisi economica del diritto* in

¹⁷ FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, Accademia del diritto, Roma, 2019, p. 1122.

Secondo questa dottrina, è pacifico che non determina l'annullabilità del contratto l'omissione da parte del venditore della circostanza che sta per essere immesso nel mercato un nuovo modello del bene che il compratore sta acquistando.

Inoltre, si evidenzia che la soluzione interpretativa della recente giurisprudenza non trova riscontro alcuno nella legge. La regola della buona fede, infatti, non impone alla parte di agire contro il proprio interesse; inoltre, la maggior destrezza e abilità negli affari non può ragionevolmente essere fonte di responsabilità.

Peraltro, la convenienza di un'operazione economica non è sempre astrattamente valutabile in termini oggettivi e quantitativi; al contrario, essa dipende dallo specifico interesse delle parti e dal valore che le stesse attribuiscono all'affare.

Nondimeno, queste considerazioni non appaiono aderenti all'attuale assetto economico-sociale.

Invero, la globalizzazione, l'era tecnologico-digitale e il crescente tecnicismo inducono ad una rielaborazione delle antiche asserzioni circa l'irrilevanza delle condizioni economiche delle parti e della convenienza dell'affare. Ciò è testimoniato dai numerosi interventi del legislatore, volti a disciplinare precisamente e compiutamente gli obblighi di informazione, nel tentativo di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze dei professionisti e degli imprenditori e quelle

dei clienti e dei consumatori.

In molti casi, infatti, le informazioni che il contraente forte è tenuto a divulgare sono strumentali alla valutazione della convenienza dell'affare: si pensi, ad esempio, agli oneri che incombono sugli intermediari finanziari che propongono servizi di investimento (D.lgs. n. 58/1998 cd. TUF).

3.3. La responsabilità per conclusione di contratto invalido. I doveri di informazione

L'art. 1338 c.c., com'è noto, prevede che la parte reticente rispetto all'esistenza di una causa di invalidità del contratto è tenuta a risarcire il danno risentito dalla controparte per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del negozio concluso.

La norma, quindi, tutela il legittimo affidamento: la responsabilità precontrattuale è esclusa, se il difetto era conosciuto o conoscibile anche dall'altra parte con l'uso della normale diligenza.

Il principio dell'inescusabilità dell'ignoranza della legge, invero, è generale e non opera con esclusivo riferimento alla legge penale. A tal proposito, la giurisprudenza, sulla scorta delle osservazioni della Corte costituzionale in merito all'art. 5 c.p., ha stabilito che se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, che si presumono note alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza avrebbe potuto o dovuto

Introduzione al diritto comparato, Vol. III, Giappichelli editore, Torino, 2017.

essere superata con un comportamento diligente, non può configurarsi colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse²⁰.

Ad ogni modo, occorre una precisazione: questa regola generale si applica, qualora non si tratti di diritto straniero oppure sia richiesta una specifica competenza tecnica, propria di una sola delle parti.

Dal dovere generale di buona fede, invero, discendono specifici doveri di informazione²¹, a maggior ragione nell'ambito dei cd. contratti asimmetrici, come ad esempio quelli bancari e quelli finanziari²².

Ciò implica che la reticenza deve essere ponderata tenendo conto del tipo di contratto che le parti intendono stipulare.

Si pensi, ad esempio, agli specifici obblighi informativi che incombono sull'imprenditore che tratta con il consumatore (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

La *ratio* è quella di evitare la conclusione di operazioni economiche inutili e inique.

Un contratto invalido, da un lato, è precario e non garantisce la certezza né la stabilità dei traffici giuridici; dall'altro, non soddisfa gli interessi delle parti. Peraltro, tale

reticenza può determinare l'annullabilità del contratto eventualmente concluso.

Invero, ai sensi dell'art. 1428 c.c. l'errore essenziale e riconoscibile dall'altro contraente è causa di annullamento del contratto.

È stato precisato che il riferimento alle cause di invalidità non concerne soltanto i casi di nullità o di annullabilità, ma altresì quelli di inefficacia del contratto²³. Ciò in analogia con quanto previsto dall'art. 1398 c.c., che obbliga il *falsus procurator* a risarcire il danno eventualmente subito dal terzo contraente per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto. Invero, il negozio concluso dal rappresentante apparente è validoma inefficace, tant'è vero che l'art. 1399 c.c. prevede la facoltà per l'interessato non di convalidarlo, bensì di ratificarlo: la ratifica attribuisce efficacia ad un contratto perfetto, ma inefficace; la convalida, invece, sana il vizio di un contratto invalido caratterizzato da un'efficacia precaria.

Tuttavia, qualche dubbio è sorto rispetto all'applicabilità dell'art. 1338 c.c. ai casi di invalidità parziale del contratto. Invero, si osserva che la nullità parziale consiste in un rimedio conservativo, non caducatorio; pertanto, la giurisprudenza tende ad escludere la sussistenza della responsabilità precontrattuale per l'omessa comunicazione di una causa di invalidità di una semplice clausola del contratto.

²⁰ Cass. civ., 26 giugno 1998, n. 6337.

²¹ Per un'attenta e completa disamina dei doveri di informazione si veda: GALLO P., *Contratto e buona fede*, UTET giuridica, Torino, 2014, pp. 257 ss.

²² Per una disamina sulle conseguenze dell'omessa od erronea informazione nei servizi di investimento, si veda: CENDON P., *Illeciti. Danno. Risarcimento* in Trattario di diritto civile, Giuffrè editore, Milano, 2013, pp. 438 ss.

²³ BIANCA C. M., *Il contratto* in *Diritto civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p.141.

Però, dipende dal significato e dal peso che le parti attribuiscono a quella determinata clausola: infatti, ben può accadere che l'invalidità e la caducazione di quella clausola siano essenziali per l'equilibrio negoziale per uno dei contraenti. Perciò, considerato che la legge non opera alcuna distinzione tra cause di invalidità, ma sanziona in ogni caso la reticenza, allora non è ragionevole escludere in astratto la configurabilità della responsabilità precontrattuale per omessa comunicazione di una causa di invalidità parziale. Spetta, dunque, all'interprete stabilire se nel caso concreto tale omissione sia fonte di responsabilità.

4. Dalla natura giuridica della responsabilità precontrattuale al danno risarcibile

Dalla natura giuridica della responsabilità precontrattuale discende una precisa ripartizione dell'onere probatorio rispetto agli elementi costitutivi della fattispecie, nonché un determinato regime di prescrizione.

Se si assume che la responsabilità precontrattuale è extracontrattuale, allora il danneggiato deve dimostrare la sussistenza di un danno causalmente imputabile all'azione o all'omissione dolosa o colposa del danneggiante.

Ciò, si badi, non significa affermare che ai fini della configurabilità della responsabilità *de qua* sia necessaria la malafede in senso soggettivo.

Infatti, giova evidenziare che la buona fede in senso soggettivo indica, appunto, lo stato soggettivo di chi ignora di ledere l'altrui diritto, come ad esempio il possessore di buona fede.

Qui, invece, si tratta di sanzionare la violazione colposa o dolosa di una regola di correttezza fondata sulla buona fede in senso oggettivo.

Se si tratta di un illecito extracontrattuale, allora il diritto al risarcimento si prescrive in cinque anni dal momento in cui si verifica il fatto (art. 2947 c.c.).

Al contrario, se si sostiene che la *culpa in contrabendo* sia una forma di responsabilità da inadempimento, il danneggiato ha l'onere di provare la sussistenza del danno e del nesso causale tra lo stesso e la violazione della regola di condotta ad opera della controparte.

Ai sensi dell'art. 1218 c.c., invero, la colpa è presunta: si passa, dunque, ad un diverso modello di responsabilità soggettiva.

La colpa è intesa nella sua dimensione obiettiva di violazione di doveri di diligenza, prudenza e perizia e deve essere valutata in astratto, con riferimento alla diligenza che può essere richiesta al contraente medio.

Così, ad esempio, nel caso in cui una parte abbia taciuto sull'esistenza di una causa di invalidità del contratto, ne risponderà ai sensi dell'art. 1338 c.c., a meno che non provi che nessun soggetto usando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto conoscere quel motivo di invalidità.

È lecito domandarsi, poi, se sia necessaria la

prova del dolo, qualora il danneggiato allegghi che avrebbe concluso il contratto, ma a condizioni diverse. La soluzione affermativa appare preferibile, trattandosi di elemento costitutivo della fattispecie.

4.1. Il danno risarcibile e la liquidazione del danno

Il danno risarcibile è soltanto quello patrimoniale.

Nell'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative e in quella di stipulazione di contratto invalido o inefficace il danno risarcibile consiste nell'interesse negativo, cioè nell'interesse a non essere coinvolti in trattative inutili.

Il dato che non sia risarcibile l'interesse positivo non implica che il risarcimento sia ridotto o limitato. Anzi, evidenzia soltanto una sostanziale differenza rispetto al danno da inadempimento: non è ancora sorto un contratto valido ed efficace, quindi non può essere risarcito l'interesse positivo, che consiste nel diritto alla prestazione contrattuale.

Nel caso di responsabilità precontrattuale, il danno emergente corrisponde al tempo perso e alle spese inutilmente sostenute per intraprendere la trattativa; il lucro cessante, invece, consiste nella perdita di occasioni alternative di contrattazione.

In queste ipotesi, il risarcimento assolve una funzione ripristinatoria, ma il giudice nella quantificazione del danno deve altresì tenere conto del comportamento del contraente che si assume essere stato leso²⁴.

Le spese comprendono i costi sostenuti per lo svolgimento delle trattative e per la stipulazione del contratto: ad esempio, i viaggi, la redazione di progetti, l'assistenza legale, le imposte, ecc.

La prova e la quantificazione di tali elementi non sono particolarmente difficili.

Invece, allegare la perdita di altre *chances* implica un onere probatorio non indifferente: il danneggiato deve dimostrare che l'inutile trattativa ovvero l'inutile conclusione del contratto gli hanno impedito di accettare un'offerta seria e particolarmente vantaggiosa oppure hanno ritardato il compimento dell'affare rispetto al momento in cui vi era un più favorevole prezzo di mercato.

L'indagine non è dissimile da quella che si opera quando si valuta il cd. danno da perdita di *chance*.

La *chance*, invero, non è né una situazione giuridica soggettiva né una mera aspettativa di fatto, bensì un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione. Analogamente, le favorevoli occasioni contrattuali perse a causa dell'impegno in trattative inutili non consistono in mere aspettative.

Ad ogni modo, il mancato guadagno, ai sensi dell'art. 2056 comma 2 c.c., è valutato in via equitativa dal giudice, tenendo conto delle circostanze del caso²⁵.

Nella responsabilità da contratto valido, ma

²⁴Cass. civ., Sez. III ord. 12 luglio 2019 n. 18748.

²⁵ TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè editore, Milano, 2017, p. 958.

non conveniente, invece, il danno risarcibile coincide con l'interesse positivo differenziale, quindi è commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento illecito²⁶.

In conclusione, il danno da responsabilità precontrattuale mira a ristorare il soggetto lesa del tempo e delle risorse impiegate, nonché delle occasioni perse causa di un'attività inutile e diseconomica.

²⁶FRATINI M., *Manuale sistematico di diritto civile*, Accademia del diritto, Roma, 2019, p. 1126.

PENALE

Art. 416 *ter* c.p.: è il rigore della sanzione la strada giusta?

di Luca Napolitano

Introduzione

Con la L. n. 43/2019²⁷ il legislatore ha nuovamente modificato il delitto di scambio elettorale politico-mafioso. Trattasi del terzo intervento²⁸ in un lasso temporale inadeguatamente breve se rapportato alla fisiologica aspettativa di “vita” di una norma che realmente soddisfi le evidenti e, come tali, avvertite esigenze di tutela.

Sembra che qui il Parlamento, o chi per esso, rincorra costantemente l'emergenza²⁹, pur essendo noto ai più che è esattamente questo lo *status* ideale perché si violino – tra l'altro a furor di popolo - i principi costituzionali che sorreggono il sistema penale³⁰.

Ebbene, il patto politico-mafioso si iscrive a pieno titolo in quella nebulosa materia che

si definisce contiguità mafiosa, di cui da anni la dottrina reclama a gran voce una riforma³¹, che sia però organica.

Per cogliere, quindi, i tratti caratteristici della fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p. e formulare alcuni opportuni rilievi critici, si ritiene necessaria un'attenta analisi del delitto *de quo*, tenendo in debito conto la sua propensione (indotta) al cambiamento ed i suoi mutevoli rapporti con le fattispecie attigue.

1. I contraenti del patto politico-mafioso

Anche ad una lettura superficiale della nuova formulazione dell'art. 416 *ter* c.p. consegue la presa d'atto di un ampliamento del novero dei soggetti attivi del reato, che si arricchisce con l'espressa inclusione degli intermediari e dei componenti del sodalizio criminoso.

Tale *trend* normativo era stato inaugurato nel 2014 con l'aggiunta del secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p. con cui si prevedeva l'estensione della punibilità anche “a chi promette di procurare voti”.

Nella formulazione originaria³², infatti, che constava di un unico comma, l'incriminazione era rivolta esclusivamente al promissario, ovverosia la parte politica.

La parte mafiosa del patto veniva punita, sussistendone le condizioni, ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p.

²⁷ L. 21/5/2019 n. 43, in GU n. 122 del 27/5/2019.

²⁸ L'art. 416 *ter* c.p. è stato introdotto dall'art. 11 *ter* del D.L. 8/6/1992, n. 306, conv., con modif., dalla L. 7/8/1992, n. 356. E' stato modificato strutturalmente dall'art. 1 della L. 17/4/2014, n. 62 ed, ancora, dall'art. 1, co. 5, L. 23/6/2017, n. 103, questo volta soltanto relativamente al *quantum* sanzionatorio, rimodulato verso l'alto.

²⁹ Sull'impiego in chiave emergenziale e simbolico-espressiva del diritto penale si rinvia, ex multis, a MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 2000, *passim*.

³⁰ Cfr. MOCCIA S., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo stato sociale di diritto*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc.3, 1 settembre 2018, p. 1720 ss.

³¹ In tal senso cfr. VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, p. 483 ss.; MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminata legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014, p. 127 ss.

³² Quella del 1992, v. nota 2.

In altri termini, la promessa di voti poteva provenire soltanto da un membro del sodalizio, che spendesse il nome – anche implicitamente – dell’associazione mafiosa. La pena prevista per i contraenti era la stessa in forza del rinvio operato dall’art. 416 *ter* c.p. al primo comma dell’art. 416 *bis* c.p.

Si puniva ai sensi dell’art. 416 *ter* c.p. il solo soggetto che avesse concluso l’accordo e, quindi, se questi fosse stato un intermediario, il politico – a cui erano effettivamente destinati i voti – sarebbe stato punibile soltanto in presenza delle condizioni richieste dall’art. 110 c.p. per la configurazione del concorso eventuale.

Allo stesso modo, eventuali concorrenti/intermediari *ex parte* promittente sarebbero stati punibili soltanto in forza dell’estensione dell’area del penalmente rilevante prodotta dalla clausola d’incriminazione suppletiva, quale è notoriamente l’art. 110 c.p.

Così, l’intermediario della parte mafiosa era chiamato a rispondere ai sensi degli artt. 110, 416 *bis*, in qualità di concorrente esterno.

Come sopra rilevato, con l’importante modifica attuata nel 2014 cambiava il novero dei soggetti attivi. Si includeva il promittente e si prevedeva una pena autonoma – non più individuata *per relationem* – e meno rigorosa della precedente.

Dirimente non era più, *post* riforma del 2014, la qualifica soggettiva del promittente,

bensì il ricorso al metodo mafioso nel procacciamento dei voti (v. *infra*, par. 2).

In linea di continuità con la formulazione precedente, si continuava a far esclusivo riferimento ai soggetti che effettivamente stipulavano il *pactum sceleris*, di modo che – come già evidenziato – gli altri soggetti coinvolti (intermediari o diretti interessati, a seconda delle contingenze del caso concreto) risultavano punibili soltanto al sussistere dei requisiti di operatività del concorso eventuale ex art. 110 c.p., questa volta da legare, per entrambe le parti contrattuali, all’art. 416 *ter* c.p.

Le cose cambiano, da questo punto di vista, con la modifica del 2019: la formulazione odierna tipizza la c.d. “contrattazione indiretta”. L’inclusione espressa degli “intermediari” tra i soggetti attivi del reato rende, evidentemente, superfluo il ricorso all’art. 110 c.p., pur senza cambiare in maniera sostanziale i termini della questione.

Ed infatti, la dottrina è divisa tra chi³³ sostiene che la fattispecie dalla modifica ne abbia guadagnato di determinatezza e chi³⁴ – *ex adverso* – ritiene che, oltre ad essere pleonastico, l’intervento rischi di creare problemi in punto di disciplina intertemporale, qualora dovesse intendersi questa precisazione come una nuova incriminazione.

³³ PANEBIANCO G., *La nuova configurazione del delitto di scambio politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali*, in *la legislazione penale.eu*, 18/10/2019, p. 7.

³⁴ AMARELLI G., *La riforma dello scambio elettorale*, in www.penalecontemporaneo.it, 4/6/2019.

Rischia di essere foriero di dubbi anche il riferimento a “soggetti appartenenti alle associazioni di cui all’art. 416 *bis* c.p.”, per la prima volta esplicitato nella formulazione ora vigente.

Non è chiaro, infatti, cosa debba intendersi con l’espressione sopra riportata: se basti una condanna, anche se non definitiva, ovvero l’applicazione di una misura di prevenzione in base al Codice antimafia (D.lgs. n. 159/2011) o ancora serva una sentenza passata in giudicato. Ci si chiede, inoltre, se la norma richieda l’attualità di tale qualifica soggettiva.

Sembrerebbe preferibile una risposta affermativa, tenuto conto degli effetti che il riconoscimento della stessa produce: sarebbero *in re ipsa* e non oggetto di prova le modalità “mafiose” pattuite per il procacciamento dei voti e necessarie all’integrazione della fattispecie. In altre parole, potrebbe ritenersi ragionevole una presunzione di tal fatta soltanto con riferimento a soggetti - al momento dei fatti - appartenenti ad associazioni mafiose in attività.

2. Il metodo di procacciamento dei voti

In realtà, l’esplicitazione dell’espressione - come sopra contestata - trova la sua ragion d’essere nell’evoluzione giurisprudenziale, precedente all’ultima riforma.

Qui è possibile assistere al fenomeno - sempre più diffuso - della c.d. arrendevolezza del legislatore al formante giurisprudenziale.

Ebbene, si è già avuto modo di rilevare che il legislatore del 2014 aveva introdotto nella fattispecie la condizione modale del metodo mafioso. Giurisprudenza largheggiante³⁵, sin da subito, aveva differenziato le ipotesi in cui l’interlocutore del politico fosse un esponente di un’associazione mafiosa da quelle in cui, invece, non lo fosse: soltanto in riferimento a queste ultime riteneva necessaria la prova del ricorso al metodo mafioso nel procacciamento dei voti, potendosi, invece, presumere allorquando la promessa degli stessi fosse giunta da persona appartenente ad una consorceria di tipo mafioso, che avesse agito per conto e nell’interesse dell’associazione.

E’ chiara, quindi, la matrice giurisprudenziale della nuova formulazione della norma, che - di fatto - mutua dall’orientamento prevalente in giurisprudenza la disciplina di quest’aspetto. Se, allora, non può più dubitarsi del differente onere probatorio previsto per i due casi sopra individuati, qualche riflessione, ancora, merita l’adesione volontaristica del politico promissario.

Perché, atteso che la pattuizione con l’*extraneus* dovrà espressamente ricomprendere anche le modalità di procacciamento (quelle di cui all’art 416 *bis* c.p., comma 3), in caso di stipulazione con un membro del sodalizio mafioso nel fuoco del dolo del politico basterà farvi rientrare la qualifica soggettiva del promittente.

³⁵ *Ex plurimis*, Cass., sez. VI pen., Sent. n. 25302 del 19/05/2015.

In altre parole, basterà provare che il promissario avesse conoscenza dell'appartenenza mafiosa del promittente per punirlo ai sensi dell'art. 416 *ter* c.p.

C'è chi ritiene che in tali ipotesi – di insussistenza del dolo richiesto dall'art. 416 *ter* c.p. – il politico sarebbe punibile, qualora ne ricorrano gli altri e diversi presupposti, ai sensi dell'art. 86 D.P.R. n. 570/1960, in qualità di concorrente nel reato di corruzione elettorale.

3. La condotta del promissario

La disciplina risulta oggi profondamente cambiata rispetto al passato anche per la parte che riguarda la condotta del promissario.

Per comprendere le ragioni della vivace attività legislativa, ancora una volta, si ritiene opportuno ripercorrere brevemente le tappe dell'evoluzione normativa della fattispecie in parola.

Nella formulazione originaria, come già evidenziato, l'art. 416 *ter* c.p. prevedeva un reato necessariamente plurisoggettivo, ma improprio³⁶, essendo prevista la punibilità del solo politico promissario. Questi, appunto, veniva punito soltanto quando ricambiava la promessa di voti con erogazione di denaro.

Quindi era richiesta, perché si configurasse il reato *de quo*, l'effettiva (non soltanto promessa) erogazione di denaro, risultando escluse – come eventuali contropartite –

³⁶ Sulla definizione del reato a concorso necessario improprio cfr. FIORE C. – FIORE S., *Diritto penale*, Milano, 2020, p. 559.

altre utilità.

Questo ha rappresentato con ogni evidenza il grande *vulnus*³⁷ della disciplina originaria ed il motivo della sua scarsa applicazione pratica.

Piuttosto sganciata dal substrato empirico-criminoso risultava essere la disciplina per almeno tre ragioni: innanzitutto, è notorio che, nella prassi, l'utilità ricercata dalla parte mafiosa presso quella politica consista nella quasi totalità dei casi in un qualcosa di diverso dal denaro (si considerino, così, appalti, concessioni, permessi ecc.); inoltre, nelle pur rare occasioni in cui la contropartita sia effettivamente il denaro, non è improbabile che questo venga concretamente erogato a risultato ottenuto (ovverosia ad elezioni vinte), privando, fino a quel momento, l'A.G. di strumenti penalistici idonei ad apprestare una pur necessaria tutela anticipata. Infine, si consideri la difficoltà di accertare processualmente l'avvenuta erogazione di denaro.

Queste evidenti lacune venivano colmate dalla giurisprudenza con il frequente ricorso al c.d. concorso esterno in associazione di tipo mafioso (artt. 110 e 416 *bis* c.p.).

Di tale fattispecie si sancisce la configurabilità³⁸ nella nota sentenza

³⁷ Così PANEBIANCO G., *La nuova configurazione del delitto di scambio politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali*, cit., p. 15.

³⁸ Sul punto cfr. FIANDACA G., *Contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in Foro It., 1991, p. 472; GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1993, p. 1185; VISCONTI, *La punibilità della contiguità alla mafia tra*

*Demetry*³⁹, di poco successiva all'introduzione dell'art. 416 *ter* c.p., ed è, appunto, questo il titolo d'imputazione che si tenta di riconoscere in capo al politico in tutte le ipotesi (non poche) in cui le contingenze del caso concreto impediscano la sussunzione dello stesso nel delitto di scambio elettorale politico-mafioso.

Detta operazione ermeneutica viene agevolata dalla giurisprudenza successiva⁴⁰ in materia di concorso esterno: con il superamento della distinzione tra fase fisiologica e fase patologica⁴¹ e l'utilizzo di un atipico criterio causalistico (fondato su un giudizio prognostico *ex ante*) si ampliano notevolmente le maglie di tale fattispecie, favorendone un'applicazione diffusa.

Le cose cambiano con la celeberrima sentenza *Mannino*⁴² - tuttora insuperata per la parte che rileva in questa sede - che contrae la portata applicativa del concorso esterno.

In particolare, la Suprema Corte ha chiarito che *“assume il ruolo di concorrente esterno il soggetto che, non inserito stabilmente nella struttura*

organizzativa dell'associazione e privo dell'affectio societatis, fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima”.

Così stando le cose, non è più sufficiente un contributo astrattamente idoneo sulla scorta di un giudizio *ex ante*, sarà piuttosto necessario un apprezzamento *ex post* del contributo, causalmente rilevante in concreto.

Ebbene, il politico sarà punibile ai sensi degli artt. 110, 416 *bis* c.p. qualora le utilità promesse (evidentemente non sussumibili nella formulazione originaria dell'art. 416 *ter* c.p.) risultino causalmente idonee - sulla scorta di un giudizio *ex post* - a determinare la conservazione od il rafforzamento della consorteria mafiosa.

Oltre alla scontata impunità del politico - salvo si configurino reati c.d. minori (ad es. corruzione elettorale) - nelle ipotesi di elezioni perse, da cui possono con ogni evidenza derivare tutt'al più conseguenze negative per l'associazione, non è difficile individuare ulteriori vuoti di tutela, causati dalla contrazione del concorso esterno, da considerarsi reato d'evento, secondo il dettato della sentenza *Mannino*.

Da qui l'esigenza, avvertita dal legislatore, di intervenire nel 2014, ridisegnando la condotta del promissario.

tradizione (molta) e innovazione (poca), in Cass. Pen., 2002, p. 1854 ss.

³⁹ Cass., SS.UU. pen., Sent. n. 16 del 5/10/1994; con nota di INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in Foro it., 1995, II, p. 422 ss.

⁴⁰ Cass., SS.UU. pen., Sent. n. 22327 del 21/5/2003, *Carnevale*; con nota di FIANDACA G., DI CHIARA G., in Foro it., II, 2003, p. 453 ss.

⁴¹ Anche in una fase fisiologica, il contributo dell'*extraneus* integra il concorso esterno se dotato di idoneità causale all'ulteriore rafforzamento dell'associazione.

⁴² Cass., SS.UU. pen., Sent. n. 33748 del 12/07/2005; con nota di FIANDACA G., VISCONTI C., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in Foro. It., 2006, II, p. 80 ss.

All'effettiva erogazione di denaro si affianca la “promessa” dello stesso e “di altra utilità”, come possibile contropartita della parte politica.

Nonostante la riforma si potesse ritenere strutturale ed avesse esteso notevolmente la portata applicativa del delitto di scambio elettorale, il legislatore, evidentemente non pago dei risultati ottenuti, ha modificato nuovamente la disciplina nel 2019, come visto, non prima di aver inciso – inasprendolo – sul solo trattamento sanzionatorio nel 2017⁴³.

Con l'inserzione “della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa” il legislatore definitivamente ribalta il rapporto concorso esterno/scambio elettorale politico-mafioso. Decisamente meno rilevante – se non totalmente ininfluente⁴⁴ – è l'aggiunta di “qualunque” prima di “altra utilità”.

Se in passato, come si è avuto modo di dimostrare, il concorso esterno riusciva a colmare le numerose lacune dell'art. 416 *ter* c.p., risultando - di fatto - più spesso applicato, con le modifiche del 2014 e, poi, del 2019 – dettate anche dalle esigenze sopra evidenziate - sembra essersi sancita l'emancipazione del delitto di scambio elettorale dal concorso esterno e dal suo stringente “test causale”.

Alle prospettive concrete ed *ex post* proprie del concorso esterno si oppongono oggi

l'anticipazione di tutela e le valutazioni *ex ante* effettuate in riferimento al delitto di scambio politico-mafioso.

La generica messa a disposizione del politico integra la fattispecie e determina un notevole arretramento della soglia di punibilità, ben distante da quella del concorso esterno.

Non è necessario, quindi, che la promessa della parte politica fatta per raccogliere voti venga mantenuta in tutti i casi, né che le condotte del candidato si traducano in un rafforzamento della consorteria⁴⁵. Quest'ultimo elemento serve solo per contestare il diverso reato di partecipazione o concorso esterno all'associazione mafiosa. Tanto premesso, non è peregrina la tesi di chi, in assenza di clausola di sussidiarietà espressa, abbia prospettato un concorso materiale – se non anche formale, nel caso in cui la semplice promessa basti ad “aiutare” in concreto l'associazione – dei reati di cui agli artt. 416 *ter* e 110, 416 *bis* c.p. Perfezionatosi il reato di scambio elettorale politico-mafioso già al momento della conclusione del patto, nell'ottica *ex ante* di cui sopra, le condotte – promesse e, così, tenute – ben potrebbero determinare quella “conservazione” o “rafforzamento” dell'associazione, rilevante per l'integrazione del reato di cui agli artt. 110, 416 *bis* c.p.

Se a questo si aggiunge l'ulteriore inasprimento del trattamento sanzionatorio (v. *infra*, par. 4) attuato con l'ultima modifica normativa, sembra possano sorgere dubbi

⁴³ L'art. 1 co. 5 L. n. 103/2017 aveva sostituito le parole “da quattro a dieci anni” con le parole “da sei a dodici anni”.

⁴⁴ Così AMARELLI G., *La riforma dello scambio elettorale*, cit.

⁴⁵ Cass., sez. II pen., Sent. n. 16201 del 28/05/2020.

circa il pieno rispetto del fondamentale principio di proporzionalità. Ad ogni modo, si ritiene opportuno trattare il tema immediatamente dopo aver indagato l'apparato sanzionatorio e la sua evoluzione nel tempo.

4. Il trattamento sanzionatorio

Le continue variazioni apportate alla cornice edittale dell'art. 416 *ter* c.p. sono emblematiche dell'incertezza che ha accompagnato il legislatore negli anni. Tale incertezza si riflette sui destinatari della norma, così come su difensori ed interpreti. Sembra, infatti, che la logica - che fino ad un certo punto pare aver guidato inasprimenti o attenuazioni di pena negli interventi normativi più risalenti - abbia lasciato il posto, negli ultimi anni, a ragioni di carattere populistico⁴⁶.

Ebbene, la pena originariamente prevista per il delitto di scambio elettorale politico-mafioso era ricavata *per relationem* in forza del rinvio attuato dalla norma al trattamento sanzionatorio individuato dall'art. 416 *bis* co. 1 c.p.

La pena, sebbene alta, si giustificava in base al fatto che assoggettava allo stesso trattamento i due soggetti che stipulavano il *pactum sceleris* (strutturalmente diverso, come si è visto, consistente in promessa di voti contro effettiva erogazione di denaro). Si ricorda che nella formulazione originaria l'unico soggetto punito ai sensi dell'art. 416

ter c.p. era il politico (o comunque la parte politica con eventuali correi), mentre la parte (necessariamente) mafiosa era punita - una sola volta - *ex art. 416 bis* c.p.

Nel 2014 - con l'inserzione della parte mafiosa tra i soggetti punibili dal delitto di scambio elettorale - il legislatore ridisegnava la cornice edittale del reato *de quo*, prevedendo per lo stesso una pena autonoma e più tenue, comunque comune alle parti del contratto.

Tale intervento risultava pienamente conforme al principio di proporzionalità per almeno un duplice ordine di ragioni.

In primis, si decretava una ragionevole scala di gravità del fatto *ex parte* promissario. Come si è avuto modo di evidenziare, già con l'intervento del 2014 si strutturavano all'interno della fattispecie logiche di anticipazione della tutela (v. *supra*, par. 3). Cosicché punire il politico che solo espone a pericolo l'ordine pubblico⁴⁷ meno severamente (reclusione da quattro a dieci anni) di quello che, invece, in concreto rafforza - seppure dall'esterno - il sodalizio mafioso può considerarsi corretta applicazione dei principi fondamentali.

Una tale progressione di offensività del fatto - prima solo idoneo a ledere e, poi, effettivamente lesivo dell'ordine pubblico -

⁴⁶ Così AMARELLI G., *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso*, in www.penalecontemporaneo.it, 2/5/2017.

⁴⁷ Corre l'obbligo di precisare che, secondo una ricostruzione accolta dalla prevalente dottrina, andrebbero affiancati anche i beni dell'ordine democratico, segnatamente l'esercizio del diritto di voto (art. 48 Cost.), la garanzia di accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di uguaglianza (art. 51 Cost.) e del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.).



se riscontrata in concreto, avrebbe permesso – secondo un certo orientamento⁴⁸ – l’assorbimento del meno grave e disvalorato delitto di scambio (art. 416 *ter* c.p.) in quello - connotato da maggiore offensività e più evidente materialità - di concorso esterno in associazione di tipo mafioso (artt. 110, 416 *bis* c.p.). Così, il nesso di necessaria (o molto frequente) compresenza fra reati sembrerebbe non essere stato ignorato dal legislatore del 2014.

La proporzionalità, poi, informava anche il trattamento sanzionatorio riservato alla parte mafiosa: essendo prevista per la prima volta - con l’intervento normativo in commento - la punibilità della stessa anche ai sensi dell’art. 416 *ter* c.p., ragionevolmente si è pensato di non candidarlo per due volte alla stessa pena (una volta in quanto membro dell’associazione ed un’altra in quanto delegato della stessa alla conclusione del patto elettorale scellerato), bensì, per il delitto di scambio politico-mafioso, ad una più tenue (come visto).

Tale armonioso rapporto tra le fattispecie in parola ed il principio di offensività-proporzionalità, sembra recidersi con gli interventi normativi successivi.

Una prima frattura la crea l’inasprimento della pena attuato dal legislatore del 2017, non accompagnato da alcuna modifica alla fattispecie che individuasse un maggior disvalore cui connettere l’aumento di pena.

⁴⁸ MAIELLO V., *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso (art. 416-ter c.p.)*, in *St. iur.*, 2015, p. 7.

Poi, in questo *climax* ascendente di rigore, al piano superiore – sempre più distante dalla imprescindibile proporzionalità – si colloca il successivo ed ultimo intervento legislativo, che reintroduce l’originaria equiparazione del trattamento sanzionatorio con il delitto di partecipazione associativa mafiosa. Questa volta, però, lo fa per entrambi i contraenti.

Vero è che la “parte mafiosa” potrebbe non essere un membro del sodalizio, ma un *extraneus* che promette di far ricorso al metodo mafioso per procacciare i voti⁴⁹; del pari vero è che, nella prassi, quasi sempre si tratterà di un *intraeus*, punibile – in astratto e salvo il riconoscimento della continuazione *ex art.* 81 co. 2 c.p. – per due volte con la stessa pena.

Più che la duplicazione della pena, a questo punto rinvenibile in tutti i reati-scopo dell’associazione, ciò che non convince parte della dottrina è l’uguale durata della stessa come conseguenza prevista da due reati che presuppongono situazioni eterogenee.

Prestando, così, attenzione alla parte politica, non è difficile cogliere il minor disvalore che connota il reato (di mera condotta) di scambio elettorale rispetto ai più gravi reati di partecipazione (che presuppone l’*affectio societatis* ed il contributo dinamico alla vita associativa, non richiesti

⁴⁹ Sulla “intrinseca contraddittorietà” del ricorso al metodo mafioso per il procacciamento dei voti da parte di soggetti estranei ad un sodalizio criminoso cfr. PANEBIANCO G., *La nuova configurazione del delitto di scambio politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali*, cit., p. 25.

dall'art. 416 *ter* c.p.) e di concorso esterno (v. *supra*).

Eppure, il politico promissario soggiace alla stessa pena, nuovamente ricavata *per relationem*.

4.1 La circostanza aggravante ad effetto speciale

Il legislatore con la L. n. 43/2019 non si è limitato a traslare verso l'alto il compasso edittale, prevedendo al comma 3 un'aggravante speciale ad effetto speciale ed al comma 4 una pena accessoria (v. *infra* par. 4.3).

L'aggravante *de qua* si pone perfettamente in linea con la politica di maggior (forse eccessivo) rigore già evidenziata. Prevede un aumento fisso della metà nell'eventualità in cui il candidato alle elezioni risulti eletto.

Oltre al ricorrente *vulnus* alla proporzionalità, si rilevano più che presunte incompatibilità con il principio di rieducazione⁵⁰.

In particolare, l'aumento della metà si innesta su una pena già considerevolmente alta.

Ciò produce un risultato abnorme: punire il politico con una pena (con l'aumento fisso si può arrivare a ventidue anni e sei mesi di reclusione) più rigorosa di quella riservata al vertice/promotore dell'associazione mafiosa (da dodici a diciotto anni di reclusioni ai sensi del comma 2 dell'art. 416 *bis*).

L'aggravante, inoltre, fonderebbe il suo aumento di pena su un dato

⁵⁰ Sul punto cfr. MOCCIA S., *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 2006, p. 102 ss.

processualmente indimostrabile. Stante il principio di segretezza del voto, non si vede come possa essere dimostrato che siano stati propri i voti procurati dal promittente mafioso a decretare la vittoria elettorale.

Infine, l'aumento fisso – in totale controtendenza con la giurisprudenza costituzionale⁵¹ – impedisce l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, funzionale ed imprescindibile presupposto per attuare le istanze rieducative (art. 27 co. 3 Cost.) obbligatoriamente connesse alla pena.

4.2 Compatibilità della fattispecie con le aggravanti del metodo e del fine di agevolazione mafiosi

Ci si chiede, inoltre, quale sia – alla luce delle recenti modifiche – il rapporto tra la fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p. e le aggravanti di cui all'art. 416 *bis*.1 c.p.

Non pare possano sorgere dubbi circa l'aggravante del metodo mafioso: il disvalore di questa è da ritenersi assorbito dalla condotta che integra il delitto di scambio elettorale, per il quale – come si è avuto modo di osservare – si richiede il

⁵¹ Più in generale, sulla valorizzazione del trattamento sanzionatorio individualizzato e la conseguente incostituzionalità delle pene accessorie fisse cfr. Corte Cost., Sent n. 222 del 25 settembre 2018 sull'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare), nella parte in cui dispone che: “la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa”, anziché: “la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni”.



ricorso (presunto o meno) a quelle modalità, cui pure rinvia l'aggravante *ex art. 416 bis.1 c.p.*

Per quanto riguarda, invece, l'aggravante del fine di agevolazione mafiosa⁵² la valutazione di compatibilità con la fattispecie in commento è dagli esiti meno scontati.

La nuova formulazione, nella parte in cui incrimina “la disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa”, sembra dotare la fattispecie di quella propensione finalistica, che permetterebbe di ritenere assorbito – in quanto insito nella struttura del reato – il fine di agevolazione. D'altra parte il delitto di scambio politico-mafioso, come si presenta dopo il *restyling* del 2019, sembra poter soddisfare appieno (con la rinnovata e rigorosa pena, pure eventualmente aumentata in forza dell'aggravante speciale) le esigenze repressivo-deterrenti, che sorgono in riferimento a tale manifestazione del più ampio fenomeno della contiguità mafiosa.

Nonostante ciò, c'è chi sostiene vi sia compatibilità tra delitto di scambio elettorale ed aggravante dell'agevolazione mafiosa. Ebbene, se si oggettivizza il fine di agevolazione⁵³, richiedendosi per

l'imputazione dell'aggravante *de qua* non solo la direzione finalistica dell'azione, ma anche l'idoneità oggettiva della stessa ad agevolare il sodalizio, allora è possibile immaginare condotte di scambio politico-elettorale non agevolative. Per cui, pur volendo riconoscere la presenza del fine (inteso in senso strettamente soggettivo) in tutte le condotte penalmente rilevanti di cui all'art. 416 *ter* c.p., saranno aggravate *ex art. 416 bis.1 c.p.* (*sub specie* agevolazione) solo quelle in grado di agevolare concretamente e sul piano oggettivo-fattuale la consorceria mafiosa.

4.3 La pena accessoria

Il IV comma del nuovo art. 416 *ter* c.p. prevede che “*in caso di condanna per i reati di cui al presente articolo, consegue sempre l'interdizione perpetua dai pubblici uffici*”.

Orbene, non sono mancati anche in riferimento a tale pena accessoria rilievi critici⁵⁴, fondati sulla perpetuità (e fissità) della misura, ostativa all'individualizzazione della pena⁵⁵ e violativa del principio di rieducazione.

5. Riflessioni conclusive

In ultima analisi, il più recente intervento del legislatore sull'art. 416 *ter* c.p., se, da un lato, ha mostrato con chiarezza di voler ricomprendere nella fattispecie astratta la maggiore varietà possibile delle proteiformi

⁵² Su cui di recente si sono pronunciate le Sez. Un. di Cassazione (Cass., SS.UU. pen., n. 8545 del 3/3/2020), sancendone la natura soggettiva. In particolare, l'aggravante “*ha natura soggettiva ed è caratterizzata da dolo intenzionale; nel reato concorsuale si applica al concorrente non animato da tale scopo, che risulti consapevole dell'altrui finalità*”.

⁵³ La dottrina e la giurisprudenza più recenti ritengono che il dolo specifico non si traduca in un dato meramente psichico, ma comprenda anche un elemento oggettivo: l'oggettiva idoneità della condotta a realizzare l'evento.

⁵⁴ Cfr. ancora AMARELLI G., *La riforma dello scambio elettorale*, cit.

⁵⁵ V. nota 25.



manifestazioni di contiguità politico-mafiosa, dall'altro, ha perso l'ennesima occasione per una rivisitazione organica della materia.

Certamente trattasi di fenomeni in continua evoluzione che si caratterizzano per la loro camaleontica capacità di resistere ai cambiamenti sociali.

Non è un caso che, negli anni, sia stato il formante giurisprudenziale a compulsare – quasi dettandoli – gli interventi del legislatore.

Questi, però, è apparso spesso miope e privo di una visione d'insieme.

Sul terreno scivoloso delle patologiche interessenze politico-mafiose si sono susseguiti interventi legislativi in grado più di rincorrere le contingenze che non di elaborare strumenti idonei a debellare il fenomeno.

In quest'ottica si inserisce, a pieno titolo, la direttrice di inasprimento sanzionatorio, adottata dall'ultima riforma con un aumento della cornice edittale del reato base, l'introduzione di un'aggravante speciale ad effetto speciale ed una pena accessoria perpetua.

E' mancato, poi, un pur necessario coordinamento con le fattispecie attigue: difficilmente decifrabile risulta il rapporto tra il reato in commento e quello di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Appare, anche a fronte di un così importante inasprimento della pena, non più sostenibile la tesi dell'assorbimento⁵⁶ del

primo nel secondo.

In conclusione, ancora una volta si è ritenuto di poter rinvenire nella punizione più severa la panacea di ogni male.

Sovvengono le parole del marchese di Gualdrasco, secondo cui “... *L'atrocità stessa della pena fa sì che si ardisca tanto più per schivarla, quanto è più grande il male a cui si va incontro; fa sì che si commettano più delitti per fuggire la pena di uno solo*”⁵⁷.

⁵⁶ Vedi nota 22.

⁵⁷ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Parigi, (a cura di Molini G. C.) 1780, cap. XV, p. 70 ss.



AMMINISTRATIVO

La natura della responsabilità della PA: nuova proposizione della questione alla Plenaria

di Teresa Grano

1. La responsabilità della PA: l'evoluzione nel riconoscimento

Per molti anni nel nostro ordinamento era diffusa l'idea che la disciplina della responsabilità civile non fosse applicabile alla PA e la giurisprudenza per un lungo tempo ha negato la possibilità di riconoscere tutela risarcitoria nell'ipotesi di lesione di interesse legittimo causata da illegittimo uso del potere da parte della PA stessa. Tale atteggiamento di chiusura si fondava su una duplice argomentazione, una di natura sostanziale e l'altra di natura processuale.

L'argomento di natura sostanziale si fondava sulla cd. concezione soggettiva dell'illecito aquiliano: nel modello della tutela aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., il danno ingiusto veniva fatto coincidere con la lesione di un diritto soggettivo o, in ogni caso, di una situazione giuridica protetta direttamente da una norma giuridica preesistente, con la conseguente esclusione, dall'ambito della sua tutela, della lesione di diverse posizioni giuridiche come, per l'appunto, quella costituita dagli interessi legittimi la cui lesione consegue ad una violazione di una norma sull'agere

dell'amministrazione e non già di una norma posta a presidio diretto degli interessi legittimi.

L'argomento processuale, invece, faceva leva sulla struttura bifasica del sistema di giustizia amministrativa allora vigente, in quanto il G.A., competente a giudicare in materia di interessi legittimi, poteva esclusivamente disporre l'annullamento dell'atto lesivo ma non il conseguente risarcimento del danno ed in quanto il G.O., che aveva il potere di disporre la condanna al risarcimento del danno, non aveva, però, competenza a giudicare in ordine all'interesse legittimo.

Tuttavia, lentamente iniziò a farsi strada l'idea che la PA non potesse sottrarsi alla responsabilità civile anche nell'ambito dell'attività autoritativa a cui corrispondono lesioni dell'interesse legittimo e non del diritto soggettivo.

La giurisprudenza ha col tempo temperato la propria posizione contraria al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo elaborando la figura del diritto affievolito e riconoscendo, allorché un provvedimento ablatorio fosse annullato con effetto ex tunc e la posizione soggettiva affievolita riprendesse l'originaria consistenza di diritto soggettivo, la tutela di cui all'art. 2043 c.c.

Con la tesi del diritto affievolito, trovavano dunque tutela gli interessi legittimi di carattere oppositivo mentre rimanevano privi di qualsivoglia tutela giuridica di carattere risarcitorio gli interessi di natura



pretensiva.

Passi di apertura iniziarono a registrarsi anche grazie al diritto comunitario in materia di ricorsi nelle procedure di appalto. L'art. 13 della L. n. 142/1992 sancì la risarcibilità di posizioni (ritenute dai più di interesse legittimo pretensivo) derivanti dalla violazione di normativa comunitaria in materia di appalti di servizi e forniture, previo annullamento del provvedimento illegittimo. La domanda doveva essere promossa dinanzi al GO.

Il momento di svolta si ebbe con la famosa decisione n. 500 del 1999 delle SS.UU. civili della Corte di Cassazione che provvide a ribaltare l'orientamento tradizionale che negava la risarcibilità degli interessi legittimi. Il nuovo approdo venne raggiunto grazie ad una attenta analisi dell'evoluzione del quadro giurisprudenziale e normativo, gli stessi giudici nella pronuncia affermano che il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi è stato sottoposto negli anni ad un lento processo di erosione sia nell'ambito dei rapporti tra privati sia nei rapporti con la PA. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la sentenza n. 500 del 1999, hanno osservato come il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. non possa essere confinato all'interno della lesione di un diritto soggettivo ma debba individuarsi nella lesione di un qualsivoglia interesse a un bene della vita che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela, con la sola esclusione degli interessi di fatto. In tal senso, la clausola va intesa come generale e rinviante

all'opera individuatrice del Giudice, il quale dovrà comparare la meritevolezza dell'attività lesiva con la rilevanza dell'interesse pregiudicato. Essa, dunque, non va interpretata come clausola di rinvio alle posizioni giuridiche già tutelate dall'ordinamento giuridico ma come clausola aperta suscettibile di comprendere nel suo alveo ogni posizione di interesse ad un bene della vita.

Nella linea tracciata dalle Sezioni Unite, l'interesse legittimo è preordinato a garantire che l'eventuale sacrificio dell'interesse ad un bene della vita del privato sia giustificato dal fatto che ad esso si contrappone un interesse pubblico prevalente ed esso risulta prevalente soltanto allorché siano rispettati i criteri della legittimità sostanziale dell'azione amministrativa.

In definitiva, il risarcimento del danno acquista, per via di tale ricostruzione interpretativa, autonomia rispetto alla situazione giuridica sostanziale incisa e perciò protetta. Ne consegue il superamento dei dubbi di carattere processuale sulla possibilità di riconoscere il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo in quanto, a prescindere dalla situazione giuridica concretamente incisa, quello al risarcimento del danno è un autonomo diritto.

In tale prospettiva, la distinzione tra interesse legittimo pretensivo ed interesse oppositivo rileva non più come criterio per affermare o negare la tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo ma come criterio per

stabilire, in punto di merito, se la domanda risarcitoria sia fondata o meno in quanto la sussistenza del danno, secondo la Suprema Corte, sussiste sempre in caso di interessi oppositivi mentre va verificata, di volta in volta con giudizio prognostico sulla spettanza del bene, in caso di interessi pretensivi.

2. Le posizioni sulla natura di tale responsabilità

Riconosciuta la responsabilità della PA anche per danno da lesione all'interesse legittimo, occorre soffermarsi sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è originato sulla natura della stessa. Dalla diversa qualificazione della responsabilità della PA, infatti, deriva l'applicazione di una differente disciplina in ordine al regime probatorio degli elementi costitutivi, al termine di prescrizione, all'elemento soggettivo, al danno risarcibile inteso quale conseguenza di interessi lesi, il cui perimetro è diversamente definito anche in ragione dell'applicabilità, o meno, del canone della prevedibilità.

Le Sezioni Unite, nella sent. n. 500, qualificano tale responsabilità senz'altro come extracontrattuale e ancora oggi la giurisprudenza prevalente propende per questa soluzione. Se ne ricava che elementi strutturali dell'illecito sono il fatto antigiusuridico, la lesione di un interesse meritevole di tutela per l'ordinamento, il danno ingiusto, il nesso di causalità e l'elemento soggettivo.

L'applicazione del regime della responsabilità aquiliana alla responsabilità della PA da lesione di interessi legittimi comporta poi, da un punto di vista processuale, determinati oneri di allegazione e di prova. Il privato deve allegare il fatto antigiusuridico (alias il provvedimento illecito o l'omissione dell'obbligo di provvedere) e provare la lesione di una posizione meritevole di tutela (alias il danno evento), deve inoltre provare il danno conseguenza nonché il nesso di causalità tra fatto antigiusuridico e danno.

Da un punto di vista soggettivo, invece, il privato è chiamato a provare quantomeno la colpa della PA.

Appare quindi evidente come l'illegittimità del provvedimento o dell'omissione si inserisca in una fattispecie più complessa che comporta il sorgere della responsabilità della PA solo in presenza di tutti gli elementi strutturali della responsabilità aquiliana.

Appare altrettanto evidente che al privato sia richiesto un onere probatorio gravoso. Tale onere è però alleggerito dalla prevalente giurisprudenza che sottolinea come l'illegittimità dell'atto (o dell'omissione della PA) sia indice della colpa della PA. L'illegittimità rileva quindi facendo sorgere una sorta di presunzione di colpa in capo alla PA, spetta poi alla PA l'onere di provare di essere incorsa in errore scusabile, errore tale da escludere la responsabilità della PA.

È proprio questa distribuzione dell'onere



probatorio che induce, parte della giurisprudenza, a ritenere che, nella pratica, il regime della responsabilità della PA sia di tipo contrattuale.

Nel caso in cui, infatti, la responsabilità della PA fosse qualificata come contrattuale (come del resto sostenuto da parte di recente giurisprudenza e, in particolare, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia e dalle Sezioni Unite della Cassazione, n. 8236/2020), il privato dovrebbe solo allegare la fonte della responsabilità e l'inadempimento, sarebbe poi la PA a dover provare che l'inadempimento non è a lei imputabile. A tali oneri di allegazione si aggiunge l'onere del privato di provare il danno conseguenza, al quale si applica il 1225 c.c. (articolo, invece, non richiamato nell'ambito della responsabilità extracontrattuale), che limita i danni a quelli prevedibili.

I sostenitori della responsabilità contrattuale della PA individuano la fonte della stessa nell'art. 1173 c.c. posto che la più recente giurisprudenza tende a qualificare la responsabilità della PA come responsabilità da contatto sociale qualificato alla luce dei peculiari caratteri del rapporto che lega PA e privato. In particolare, secondo la Corte di Cassazione la responsabilità dell'Amministrazione non sorge in assenza di rapporto, come la responsabilità aquiliana, ma sorge da un rapporto tra soggetti - la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione - che nasce prima e a prescindere

dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione. Si tratta, allora, di una responsabilità che prende la forma dalla violazione degli obblighi derivanti da detto rapporto e che, pertanto, va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato, “da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale”, con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto (Cass., SS.UU. civ., Sent. n. 8236/2020).

Tra i più convinti sostenitori della tesi contrattuale vi è il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, il quale già nel 2003 aveva sollevato la questione dinanzi all'Adunanza plenaria, ma quest'ultima non ha risposto al quesito, avendo risolto la questione senza affrontare questo specifico problema (AP C.d.S., Sent. n. 2/03).

La tesi della natura contrattuale o sostanzialmente tale, derivante dal “contatto” intercorso tra la PA e il privato in sede procedimentale, non è condivisa perché fa discendere l'obbligazione risarcitoria dalla semplice violazione delle norme procedurali, contro l'opinione – prevalente – secondo la quale la violazione degli obblighi procedurali può dare diritto al risarcimento solo se essa determina



anche la lesione di un bene sostanziale: in tal modo la tutela risarcitoria viene svincolata dal giudizio sulla spettanza del bene della vita o della sua possibilità di conseguirlo, e ciò non appare ammissibile.

Nel dibattito sulla natura della responsabilità della PA si è fatta spazio anche la tesi della responsabilità precontrattuale. Per tale si intende quella forma di responsabilità che si verifica qualora le parti, in sede di trattative, agiscono in violazione del principio della buona fede (art. 1337 c.c.), ponendo in essere trattative non serie o recedendo dalle stesse senza giustificato motivo. Diversamente che in passato, si ritiene che questo principio operi anche nei confronti della PA, la quale è tenuta a non ledere il legittimo affidamento che genera nei rapporti con il privato con i suoi comportamenti. Le ipotesi tipiche in cui è possibile ravvisare questa forma di responsabilità sono la rottura delle trattative senza motivi idonei a giustificarla nonché la mancata comunicazione di cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.). È proprio per il riferimento a queste ipotesi individuate dalla giurisprudenza che non è condivisibile nemmeno la tesi della natura precontrattuale della responsabilità della PA, atteso che tale natura presuppone, per l'appunto, trattative finalizzate alla stipula di un contratto, mentre nel caso di specie si tratta di tutelare l'affidamento del privato rispetto a qualsiasi tipo di azione amministrativa; senza contare che di

responsabilità precontrattuale non si può parlare ogni volta che il danno non deriva dal comportamento scorretto della PA e dalla lesione dell'affidamento, ma dalla mancata attribuzione di un bene che invece spettava al privato.

Da ultimo, va segnalato anche un orientamento secondo cui la responsabilità da provvedimento illegittimo risponde ad un modello speciale, non riconducibile ai modelli di responsabilità che operano nel settore del diritto civile.

Infatti, per un verso la responsabilità extracontrattuale, che rinviene il fondamento generale della sua disciplina nell'art. 2043 c.c., presuppone che l'agente non abbia normalmente alcun rapporto o contatto con la parte danneggiata, mentre l'esercizio illegittimo del potere avviene nell'ambito del procedimento amministrativo, sicché non è assimilabile al rispetto del dovere generale del *neminem laedere* a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica. Per altro verso, la responsabilità contrattuale è conseguenza della violazione di un rapporto giuridico che sorge non solo da un contratto, ma anche dalla legge o da contatto tra le parti che può generare un rapporto contrattuale di fatto, con lesione di posizioni soggettive riconducibili alla categoria del diritto soggettivo relativo: pertanto, la peculiarità dell'attività amministrativa - che deve svolgersi nel rispetto di regole procedurali e sostanziali a tutela dell'interesse pubblico -

rende speciale, per le ragioni indicate, anche il sistema della responsabilità da attività illegittima. Ovviamente la critica più incidente a questa tesi è quella che poggia sulla totale assenza di una normativa di riferimento, dovendo rimettere tutto nelle mani del giudice che si trova a decidere sul caso concreto.

3. A proposito di responsabilità della PA, C.g.a., Sent. n.1136 del 15/12/2020: la vicenda processuale.

Con Sent. non def. n. 1136 del 15/12/2020, il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia pone nuovamente alla Adunanza Plenaria, come già aveva fatto in passato, la questione circa la qualificazione della responsabilità della PA da lesione di interessi legittimi.

Questa volta lo fa nell'ambito di una vicenda in cui l'illecito addebitabile alla PA si sostanzia in un illegittimo ritardo nell'adozione di provvedimenti autorizzatori di impianti fotovoltaici.

Una società di produzione di energia da fonte rinnovabile inoltrava ai competenti uffici della regione siciliana istanza per il rilascio della autorizzazione unica per la realizzazione di più impianti fotovoltaici. All'istanza seguiva l'inerzia dei medesimi uffici. La società istante proponeva quindi ricorso davanti al T.a.r. Sicilia, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., con parallela richiesta risarcitoria.

Il suddetto Tribunale amministrativo accoglieva i ricorsi sotto il profilo della illegittimità del silenzio ma dichiarava inammissibili le domande risarcitorie derivanti dal tardivo rilascio delle autorizzazioni regionali. Le autorizzazioni venivano poi tutte rilasciate nel 2013, a distanza di quasi quattro anni dalle relative richieste, mentre la domanda risarcitoria veniva riproposta dinanzi al CGA.

In particolare, l'appellante sottolineava come nelle more del rilascio dei provvedimenti autorizzatori era stato adottato il d.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni, dalla l. n. 27/2012, che aveva escluso, a decorrere dal 25 marzo 2012, gli impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra in area agricola, come quelli progettati dalla società appellante, dall'accesso agli incentivi statali per la produzione di energia elettrica da fonte fotovoltaica. A questo si aggiungeva che era cessata l'erogazione di altri incentivi e nessun nuovo incentivo era stato previsto.

La società chiedeva quindi il risarcimento dei danni provocati colposamente dall'Amministrazione in seguito all'inosservanza del termine di conclusione del procedimento di autorizzazione unica. La domanda, formulata a titolo di responsabilità extracontrattuale, chiedeva il risarcimento del danno emergente e del lucro cessante.

In particolare, il lucro cessante veniva individuato quale mancato guadagno derivante dal fatto che il lasso di tempo

illegittimamente prolungato dall'Amministrazione prima dell'adozione del provvedimento di autorizzazione unica avrebbe fatto venir meno le condizioni di realizzabilità del progetto, così impedendo alla società di acquisire, per un ventennio, le utilità patrimoniali connesse a esso, individuate negli introiti prodotti dal regime incentivante e dalla vendita dell'energia elettrica prodotta. Solo in via subordinata la società chiedeva il danno da perdita di chance.

3.1 *Rimessione della questione alla Plenaria*

All'esito dell'istruttoria e sulla base degli atti acquisiti al processo nonché sulla scorta delle sentenze che già hanno avuto modo di pronunciarsi sulla vicenda, il CGA ha valutato il positivo ricorrere di numerosi elementi della fattispecie risarcitoria, che secondo quanto prospettato dall'appellante avrebbe natura extracontrattuale.

In particolare, per il CGA sussistono i seguenti elementi: la condotta dell'Amministrazione posta in essere in violazione della regola di conclusione del procedimento amministrativo nei termini previsti dalla legge; la fondatezza della pretesa concernente il bene della vita (come testimoniato dalla adozione, seppur in ritardo, dei provvedimenti autorizzatori); la sopravvenienza normativa ostativa all'ottenimento degli incentivi, che la società avrebbe ottenuto se l'Amministrazione avesse provveduto per tempo; la colpa

dell'Amministrazione, dal momento che nessuna esimente è stata da quest'ultima prospettata per giustificare il proprio non modesto ritardo nel provvedere.

Il CGA ha, inoltre, ritenuto che sussistano ragioni di incertezza in relazione al nesso di causalità e alla misura e ampiezza del danno da risarcire. Questi dipenderebbero dalla qualificazione della responsabilità della PA, dalla conseguente applicabilità del canone della prevedibilità di cui all'art. 1225 c.c. e dalla nozione di danno quale conseguenza immediata e diretta della condotta.

È in ordine alle suddette tre variabili (nesso di causalità, natura della responsabilità amministrativa, danno quale conseguenza immediata e diretta) che il CGA ha inteso sottoporre all'Adunanza Plenaria alcune questioni.

In particolare, il CGA chiede all'Adunanza Plenaria, innanzitutto, se *“il paradigma normativo cui ancorare la responsabilità della PA da provvedimento (ovvero da inerzia e/o ritardo) sia costituito dalla responsabilità contrattuale piuttosto che da quella aquiliana”*; nel caso in cui si dovesse propendere per la prima opzione, il CGA chiede come interpretare la sopravvenienza normativa e cioè *“se questa rilevi in punto di quantificazione del danno (1223 c.c.) o di prevedibilità del medesimo (1225 c.c.)”*; e sempre, in caso di natura contrattuale, chiede *“se deve o meno essere riconosciuta la responsabilità della PA per il danno da mancata vendita dell'energia nei termini, anche probatori, sopra illustrati”*.

In via subordinata, per il caso in cui dovesse



essere riconosciuta la natura extracontrattuale, il CGA chiede all'Adunanza Plenaria *“se la pubblica amministrazione sia tenuta o meno a rispondere anche dei danni derivanti dalla preclusione al soddisfacimento del detto interesse a cagione dell'evento – per essa imprevedibile- rappresentato dalla sopravvenienza normativa primaria preclusiva e, in ipotesi di positiva risposta al detto quesito, se tale risposta non renda non manifestamente infondato un dubbio di compatibilità di tale ricostruzione con il precetto di cui all'art. 81 terzo comma Cost.”*.

La qualificazione della responsabilità della PA in termini contrattuali o extracontrattuali, come già si è visto in precedenza, non è priva di conseguenze per il privato e, nel caso di specie, per la società di impianti fotovoltaici. Nel caso in cui, infatti, la responsabilità della PA fosse qualificata come contrattuale il privato dovrebbe solo allegare la fonte della responsabilità e l'inadempimento; sarebbe poi la PA a dover provare che l'inadempimento non è a lei imputabile. Inoltre, il privato deve provare il danno conseguenza, che, nel caso di responsabilità contrattuale, è limitato ai soli danni prevedibili ex art. 1225 c.c.

Questa qualificazione giuridica è quella a cui si ispira la più recente giurisprudenza, la quale individua la fonte della stessa nell'art. 1173 c.c. e cioè nel contatto sociale qualificato che, all'avvio del procedimento amministrativo, si instaura tra PA e privato. In particolare, quest'ultima posizione sottolinea come nel rapporto di diritto

pubblico tra privato e PA le condotte da tenere, soprattutto da parte di quest'ultima, sono predeterminate in modo specifico. Le norme comportamentali dell'Amministrazione hanno un contenuto definito, trattandosi in altre parole di norme ben più precise e circostanziate del generico dovere di *neminem laedere*. Inoltre, il rapporto tra privato e PA, in questa stessa direzione, non si rivela connotato da episodicità ed occasionalità; ne consegue che il rapporto o meglio il contatto fra parte pubblica e parte privata risulta connotato da ben precisi obblighi di protezione rispetto ai portatori degli interessi coinvolti dall'agire pubblico.

Il CGA pare condividere questa ricostruzione della responsabilità della PA.

3.2 *Soppravvenienze normative e nesso di causalità*

Altra questione sulla quale il CGA si sofferma e rispetto alla quale si attende la pronuncia della Plenaria è il ruolo della sopravvenienza normativa nell'ambito della ricostruzione della responsabilità della PA.

In particolare, i giudici siciliani chiedono che la Plenaria si pronunci chiarendo se la sopravvenienza normativa possa o meno rilevare come fatto interruttivo del nesso eziologico tra illecita omissione della PA e danno prodotto in capo al privato o ancora se possa o meno rilevare come fattore che esclude la riconducibilità dei decrementi patrimoniali subiti dalla società alle conseguenze normali ex art. 1223 o



prevedibili ex art. 1225 c.c.

Ovviamente nel caso in cui si ritenesse la sopravvenienza normativa rilevante ex art. 1225 c.c., tale circostanza sarebbe da considerare solo nel caso in cui la responsabilità della PA venisse ricostruita in termini di responsabilità contrattuale.

Più nello specifico, nella dimensione generale della responsabilità della PA ricostruita in termini di responsabilità extracontrattuale l'accertamento del nesso di causalità richiede tanto l'accertamento della causalità materiale quanto di quella giuridica.

La c.d. causalità materiale attiene all'accertamento della riconducibilità eziologica dell'evento di danno all'azione. Si tratta quindi di verificare se l'attività illegittima dell'Amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si collega.

Esaurito positivamente il vaglio sulla causalità materiale si richiede poi l'allegazione e la prova delle conseguenze dannose alla luce dei criteri definiti dagli artt. 2956 e 1223 c.c., ossia della causalità giuridica. La c.d. causalità giuridica prevede come risarcibili solo quelle conseguenze che siano conseguenza immediata e diretta della lesione del bene della vita.

Tale causalità giuridica è letta dalla giurisprudenza come regola che impone la risarcibilità solo di quelle conseguenze che si possano considerare tali alla luce dell'applicazione di un canone di normalità

ed adeguatezza. Nell'ambito della responsabilità contrattuale poi, all'art. 1223 c.c., si aggiunge anche l'art. 1225 c.c. che prevede la risarcibilità dei soli danni prevedibili al momento del sorgere dell'obbligazione se l'inadempimento non è imputabile a titolo di dolo.

Ciò posto il CGA si domanda se la sopravvenienza normativa possa rilevare nella seconda fase dell'accertamento della causalità materiale. Se possa quindi rilevare come fattore interruttivo escludendo il nesso di causalità materiale alla stregua di *factum principis* oppure se, invece, il sopraggiungere di una modifica normativa in un arco temporale così vasto come quello del caso di specie non possa rilevare come fattore interruttivo considerando, tra altri argomenti, come *“il passare del tempo aumenta infatti, in termini generali, il rischio del fallimento dell'operazione programmata”*.

Di conseguenza, il *“nesso di causalità... non sarebbe interrotto da una sopravvenienza normativa. Ciò in quanto quest'ultima costituisce una delle possibili concretizzazioni del rischio di fallimento di un progetto, rischio che aumenta al prolungamento del tempo che si frappone rispetto alla sua realizzazione”*.

Infine, il CGA chiede alla Plenaria pure se la sopravvenienza normativa possa rilevare escludendo la riconducibilità del danno lamentato dalla società al danno risarcibile alla luce del regime della causalità giuridica definito dagli artt. 1223 e 1225 c.c., con la precisazione che quest'ultimo rileva solo in caso di previa qualificazione della

responsabilità della PA come responsabilità contrattuale.



Schede di Giurisprudenza



CIVILE

Sulla natura ed eventuale ammissibilità del “diritto reale di uso esclusivo” costituito su beni condominiali

Cassazione civile sezioni unite - 17/12/2020, n. 28972

Di Carlotta Marciano

Quesito

È ammissibile la costituzione di un diritto di uso esclusivo su beni condominiali, alla luce dei principi di tipicità e del numerus clausus dei diritti reali?

Fatto

Tre sorelle procedevano allo scioglimento della comunione insistente sul complesso condominiale di cui erano comproprietarie, composto da tre immobili ad uso commerciale, siti al piano terra, e da tre unità ad uso residenziale al primo piano, oltre che da parti comuni, tra cui, in particolare, un cortile retrostante e un'area antistante i locali commerciali. All'atto dello scioglimento della comunione, veniva a formarsi una situazione di condominio sull'edificio e, per quel che rileva in questa sede, una delle tre condividenti, Br. As., acquisiva la proprietà di uno degli appartamenti al primo piano e di un negozio sito al piano terra, in uno *all'uso esclusivo* della porzione di cortile ad esso antistante. La stessa Br. As. procedeva, poi,

alla alienazione di entrambi tali immobili, trasferendo agli acquirenti anche “l'uso esclusivo della porzione di cortile antistante” il locale commerciale.

Gli aventi causa di Br. As. venivano in seguito citati in giudizio dai successivi acquirenti di altri due immobili dell'edificio e resistevano, tra l'altro, alla domanda tesa all'accertamento della insussistenza di un valido titolo giustificativo del diritto sull'area comune condominiale attigua al negozio di loro proprietà.

Il giudice di prime cure rigettava la domanda degli attori e, all'esito del giudizio di appello, la Corte territoriale rilevava che, in assenza di elementi probatori di senso contrario, occorreva interpretare la locuzione “uso esclusivo della corte antistante”, di cui rispettivamente agli atti di scioglimento della comunione e di compravendita in favore dei convenuti, alla luce del combinato disposto degli artt. 1102 e 1122 c.c., che pure ammetterebbero la previsione nel regolamento condominiale di clausole atte a concedere un uso esclusivo delle parti comuni, in favore di alcuni soltanto dei condomini.

Le parti soccombenti ricorrevano in Cassazione adducendo sei motivi che, in estrema sintesi, hanno imposto la rimessione alle Sezioni Unite, con l'ordinanza interlocutoria n. 31420/2019 della seconda sezione, della controversa questione di diritto, relativa alla natura e eventuale ammissibilità nel nostro ordinamento del cd. “diritto reale di uso esclusivo” di parti comuni dell'edificio in ambito condominiale.

Normativa

Articolo 42 Costituzione

La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati.

La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale.

La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità.

Articolo 1021 c.c. Uso

Chi ha il diritto d'uso di una cosa può servirsi di essa e se è fruttifera, può raccogliere i frutti per quanto occorre ai bisogni suoi e della sua famiglia.

I bisogni si devono valutare secondo la condizione sociale del titolare del diritto.

Articolo 1102 c.c. Uso della cosa comune

Ciascun partecipante può servirsi della cosa comune, purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso secondo il loro diritto. A tal fine può apportare a proprie spese le modificazioni necessarie per il miglior godimento della cosa.

Il partecipante non può estendere il suo diritto sulla cosa comune in danno degli altri partecipanti, se non compie atti idonei a mutare il titolo del suo possesso.

Articolo 1117 c.c. Parti comuni dell'edificio

Sono oggetto di proprietà comune dei proprietari delle singole unità immobiliari dell'edificio, anche se aventi diritto a godimento periodico e se non risulta il contrario dal titolo:

1) tutte le parti dell'edificio necessarie all'uso comune, come il suolo su cui sorge l'edificio, le fondazioni, i muri maestri, i pilastri e le travi portanti, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni di ingresso, i vestiboli, gli anditi, i portici, i cortili e le facciate;

2) le aree destinate a parcheggio nonché i locali per i servizi in comune, come la portineria, incluso l'alloggio del portiere, la lavanderia, gli stenditoi e i sottotetti destinati, per le caratteristiche strutturali e funzionali, all'uso comune;

3) le opere, le installazioni, i manufatti di qualunque genere destinati all'uso comune, come gli ascensori, i pozzi, le cisterne, gli impianti idrici e fognari, i sistemi centralizzati di distribuzione e di trasmissione per il gas, per l'energia elettrica, per il riscaldamento ed il condizionamento dell'aria, per la ricezione radiotelevisiva e per l'accesso a qualunque altro genere di flusso informativo, anche da satellite o via cavo, e i relativi collegamenti fino al punto di diramazione ai locali di proprietà individuale dei singoli condomini, ovvero, in caso di impianti unitari, fino al punto di utenza, salvo quanto disposto dalle normative di settore in materia di reti pubbliche.



Articolo 1024 c.c. Divieto di cessione

I diritti di uso e abitazione non si possono cedere o dare in locazione.

Articolo 1122 c.c. Opere su parti di proprietà o uso individuale

Nell'unità immobiliare di sua proprietà, ovvero nelle parti normalmente destinate all'uso comune, che siano state attribuite in proprietà esclusiva o destinate all'uso individuale, il condomino non può eseguire opere che rechino danno alle parti comuni ovvero determinino pregiudizio alla stabilità, alla sicurezza o al decoro architettonico dell'edificio.

Articolo 1126 c.c. Lastrici solari di uso esclusivo

Quando l'uso dei lastrici solari o di una parte di essi non è comune a tutti i condomini, quelli che ne hanno l'uso esclusivo sono tenuti a contribuire per un terzo nella spesa delle riparazioni o ricostruzioni del lastrico: gli altri due terzi sono a carico di tutti i condomini dell'edificio o della parte di questo a cui il lastrico solare serve in proporzione del valore del piano o della porzione di piano di ciascuno.

Inquadramento

Con la pronuncia in esame le Sezioni Unite sono state chiamate a sciogliere il contrasto sorto in seno alle sezioni semplici e palesatosi con i divergenti orientamenti di cui, rispettivamente, alle sentenze n. 24301/2017 e n. 193/2020.

Alla luce del primo filone giurisprudenziale, inaugurato con la pronuncia del 2017, la

costituzione, al momento della formazione del condominio, di situazioni di “uso esclusivo” su parti condominiali in favore di alcuni condomini, costituirebbe una ammissibile deroga al generale principio di cui agli artt. 1102 e 1117 c.c., in virtù del quale ciascun condomino ha il diritto di godere in misura paritaria delle parti comuni. Tale previsione modificativa dell'ordinario assetto condominiale, sostanzialmente di natura pattizia, in quanto espressione della concorde volontà dei comproprietari, non andrebbe a mutare la *natura* di parte comune della zona interessata, che rimarrebbe tale, in quanto di proprietà della collettività; ciò che cambierebbe, invece, sarebbe esclusivamente il *riparto delle facoltà di godimento* sul bene oggetto di uso esclusivo, non più esercitabili in maniera paritaria, simultanea e promiscua da tutti i comunisti. Secondo l'orientamento in esame, ad aprire la strada a tale soluzione vi sarebbe, in primo luogo, il disposto dell'art. 1117 c.c. che, con la locuzione “*se non risulta il contrario dal titolo*”, ammetterebbe la facoltà dei condomini di escludere dalla comunione tutte quelle parti in esso articolo indicate, che per principio generale ricadrebbero in comproprietà. In secondo luogo, l'art. 1126 c.c., riferendosi all'“uso esclusivo” dei lastrici solari in favore di determinati condomini, ammetterebbe la possibilità di individuare parti comuni su cui, tuttavia, insisterebbero facoltà di godimento e di utilizzo non paritarie.

In ultimo, viene sottolineata la non assimilabilità del diritto di uso esclusivo delle parti comuni condominiali al diritto



reale di godimento di cui all'art. 1021 c.c., stante il loro diverso atteggiarsi sotto vari profili: trasmissibile e alienabile il primo, non cedibile il secondo; tendenzialmente perpetuo l'uno, in quanto connotato dall'inerenza a tutte le unità condominiali, non prorogabile oltre la vita dell'utente l'altro.

La seconda sezione della Corte di Cassazione, con la pronuncia n. 193/2020, è recentemente giunta a una conclusione di senso opposto e più restrittiva, che non ammetterebbe la possibilità di istituire un diritto di uso esclusivo su parti condominiali, in quanto, di fatto, si tratterebbe di *un diritto reale atipico, esclusivo e perpetuo*, inammissibile in quanto contrastante con i principi di tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali. Inoltre, se è vero che la proprietà consiste nella facoltà di *godere* e di disporre della *res*, un diritto reale alla stregua di quello in esame finirebbe, di fatto, per svuotare il diritto dei condomini, insistente sulle parti comuni, del suo connotato essenziale, rappresentato proprio dalla facoltà di goderne e fruirne in misura tendenzialmente paritaria.

Di fronte al contrastante quadro giurisprudenziale suesposto, seppure limitatamente ai soli tratti più rilevanti ai fini della presente trattazione, le Sezioni Unite hanno inquadrato la materia alla luce di quanto segue.

In primo luogo, la Suprema Corte esordisce premettendo l'opportunità di avanzare una attenta esegesi dell'atto istitutivo del "diritto", così da determinare se la costituzione dell'uso esclusivo di beni condominiali sia da intendersi in senso

proprio ovvero sia riconducibile a un mascherato intento di trasferimento della proprietà dei beni che ne costituiscono oggetto. Quest'ultima alternativa, pure molto frequente nei rogiti notarili, al fine di ovviare a problematiche catastali spesso riconducibili al mancato frazionamento delle parti comuni, è senz'altro ammissibile e assimilabile alla costituzione di una pertinenza. Diverso è il discorso nel caso in cui, come rilevante in questa sede, l'uso esclusivo vada inteso secondo la prima accezione delineata. Al riguardo, occorre premettere che le facoltà, rispettivamente, di utilizzare la cosa comune e di servirsene, di cui agli artt. 1102 e 1117 c.c., rappresentano non un autonomo diritto facente capo ai comunisti, ma la più tangibile manifestazione della loro proprietà sui beni condominiali. Pertanto, pur non potendosi escludere la legittimità di un uso maggiore esercitato da un condomino sui beni ricadenti in comproprietà, alla luce anche di quanto contemplato all'art. 1123 co. 2 c.c. – che disciplina la ripartizione delle spese per la manutenzione delle "*cose destinate a servire i condomini in misura diversa*" – non sarebbe ammissibile una pattuizione atta a comprimere in maniera radicale il diritto dei restanti proprietari e che ne comprometta del tutto la facoltà di godere liberamente delle zone comuni. Alla base di una soluzione di senso opposto non sarebbe neppure corretto, contrariamente a quanto invece contemplato nel precedente orientamento delle sezioni semplici del 2017, porre il dettato dell'art. 1126 c.c., sull'utilizzo esclusivo dei lastrici solari, dal momento che tale disposizione,



disciplinando essa stessa una situazione peculiare e non suscettibile di applicazione analogica, non lascerebbe spazio alla introduzione di ulteriori deroghe ai generali principi dell'uso comune dei beni condominiali e di tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali.

Anche l'art. 1122 co. 1 c.c., così come modificato con la riforma del condominio del 2012, nella parte in cui fa menzione di parti comuni destinate all'uso individuale, non sembra legittimare, in maniera univoca, la costituzione di un ipotetico diritto reale di uso esclusivo, ma, più opportunamente, parrebbe riferirsi a situazioni molto frequenti nella prassi condominiale, come quella dell'uso frazionato di parti comuni (basti pensare all'assegnazione a ciascun condomino di zone per il ricovero delle proprie automobili).

Neppure all'art. 6 co. 2, lett. b) del D.Lgs. 122/2005, che impone al costruttore di indicare nel contratto relativo a futura costruzione le parti condominiali e le "pertinenze esclusive", sembra riconducibile una legittimazione normativa del diritto in questione, dal momento che tale disposizione fa espressamente riferimento alle "pertinenze", quindi a parti attribuite in proprietà esclusiva, che, come già detto, è circostanza assolutamente ammissibile in ambito condominiale.

Avvicinandosi sempre più alla definizione della questione, le Sezioni Unite affermano che la costituzione di "*un diritto reale di godimento di uso esclusivo in capo a un condomino ...determinerebbe... un radicale, strutturale snaturamento*" del diritto di proprietà facente capo agli altri comunisti, che sarebbero

privati, come già sottolineato, del nucleo essenziale del loro diritto, rappresentato dalla facoltà di godere dei beni ricadenti in comproprietà. Tale presunto diritto, inoltre, contrariamente a quanto asserito da parte della dottrina, non sarebbe neppure assimilabile alla servitù, dal momento che essa, con l'assoggettamento del fondo servente al fondo dominante, va a determinare una compressione, ma non totale soppressione, come nell'ipotesi dell'uso esclusivo, delle facoltà del proprietario del fondo asservito di esercizio del proprio diritto.

Se, quindi, l'*excursus* normativo qui esposto non sembra lasciare spazio a una possibile volontà del legislatore di istituire un diritto reale di uso esclusivo su beni condominiali, resta da chiedersi se tale facoltà possa essere rimessa alla autonomia negoziale delle parti. È, in altri termini, necessario risolvere la questione, pure affrontata da parte della dottrina, circa la legittimità dell'uso dello strumento contrattuale al fine di modificare i caratteri essenziali dei diritti reali, così come tipizzati dal legislatore, ovvero per costituirne di nuovi. Tale prospettata soluzione sarebbe da escludere, essendovi di ostacolo i principi del *numerus clausus* e della tipicità dei diritti reali: la legge è rigorosa nella individuazione dei diritti sulle *res*, pertanto, non ne sono ammissibili di atipici. Allo stesso tempo, non può considerarsi legittimo neppure utilizzare lo strumento negoziale al fine di modificare in maniera radicale i connotati di un diritto tipico, in quanto ciò significherebbe, di fatto, costituirne uno nuovo - e, di nuovo, si entrerebbe in contrasto col principio del


numerus clausus.

Le Sezioni Unite, poi, indagano sulla *ratio* sottesa alla inderogabilità di tali principi, che risiede, in primo luogo, nel disposto dell'art. 1372 c.c. che limita alle sole parti gli effetti del contratto, salvo che non sia la legge a disporre diversamente. Infatti, come noto, i connotati essenziali di qualsiasi situazione gravante su un diritto reale sono quelli della opponibilità ai terzi e della sequela: pertanto, ammettere la facoltà di costituire, illimitatamente, in via negoziale, nuovi diritti reali o vincoli sulla *res* diversi da quelli tipizzati dal legislatore, di fatto comporterebbe una grave compromissione delle facoltà dei successivi acquirenti del bene stesso, su cui graverebbero tali “pesi” precedentemente imposti.

Neppure i principi costituzionali aprirebbero la strada a una possibile legittimazione della costituzione di un diritto reale d'uso esclusivo condominiale mediante contratto, dal momento che l'art. 42 prevede una riserva di legge sui modi di acquisto e di godimento della proprietà.

In virtù di tali considerazioni, quindi, così come è da escludersi che i privati possano creare figure atipiche di diritti reali, è altrettanto inammissibile che sempre l'autonomia privata possa modificare la struttura e l'atteggiarsi di tali diritti tipici, snaturandoli e andando a detrimento, così come nel caso di un ipotetico diritto reale di uso esclusivo su beni condominiali, delle facoltà degli altri contitolari e dei successivi aventi causa sul bene.

Soluzione

Concludendo, le Sezioni Unite della

Suprema Corte sottolineano che non può trovare strada nel nostro ordinamento un ipotetico “diritto reale di uso esclusivo” in ambito condominiale. Quest'ultimo, infatti, non trova ragione d'esistere alla luce della disciplina codicistica vigente in ambito condominiale, né potrebbe ritenersi legittima una sua costituzione mediante contratto. Sussistono, infatti, gli invalicabili limiti della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali, che si estrinsecano secondo un duplice atteggiarsi: da un lato non è possibile costituire nuove e ulteriori tipologie di diritti rispetto a quelle previste dal legislatore; dall'altro, non può essere riconosciuta alla autonomia negoziale delle parti la facoltà di inserire clausole o costituire vincoli reali sul bene - difformi da quelli previsti dalla legge - che determinino uno snaturamento dei connotati essenziali del diritto reale stesso, che finirebbe, di fatto, per allontanarsi dal suo tipo legale.

Le Sezioni Unite civili, risolvendo in senso negativo la questione riassunta con il quesito in epigrafe, concludono fissando il principio di diritto così massimato: “*la pattuizione avente ad oggetto la creazione del cd. “diritto reale di uso esclusivo” su una porzione di cortile condominiale, costituente come tale parte comune dell'edificio, mirando alla creazione di una figura atipica di diritto reale limitato, tale da incidere, privandolo di concreto contenuto, sul nucleo essenziale del diritto dei condomini di uso paritario della cosa comune, sancito dall'art. 1102 c.c., è preclusa dal principio, insito nel sistema codicistico, del numerus clausus dei diritti reali e della tipicità di essi*”



PENALE

Sulla modalità di estrinsecazione della violenza o minaccia nel delitto di illecita concorrenza posto in essere da appartenenti ad organizzazioni criminali mafiose

*Cassazione penale, seconda sezione,
Sentenza n. 34214 del 2 dicembre 2020*

di Maria Giovanna Murrone

Fatto

Con la sentenza oggetto delle presenti note la Corte di Cassazione torna a misurarsi con il delicato tema della individuazione delle condotte qualificabili in termini di illecita concorrenza mediante violenza o minaccia e pertanto sussumibili nella previsione di cui all'art. 513--bis c.p.

Il caso di specie è fornito dal ricorso per Cassazione proposto da un soggetto, G.C., per ottenere l'annullamento di ordinanza del Tribunale del Riesame di Bari confermativa della disposta misura della custodia cautelare in carcere in relazione al contestato reato di concorso in illecita concorrenza, aggravato dal metodo e dalla agevolazione mafiosa di cui all'art. 416-bis.1, c.p. Il ricorrente infatti, unitamente ad altro soggetto, F.Q, avrebbe percepito, nella qualità di esponente dell'omonimo clan C., somme da parte di G. D'A., imprenditore operante nel settore delle slot machine, quale corrispettivo per l'aggio fornitogli onde conseguire una posizione di

sostanziale monopolio nella collocazione delle predette apparecchiature nei locali commerciali insistenti nel territorio di influenza del clan medesimo.

Tra i motivi di doglianza svolti dal ricorrente – che involgono l'erroneo apprezzamento delle circostanze di fatto e, dunque, sia la ritenuta integrazione della aggravante speciale, sia l'apprezzamento del quadro indiziario – figura anche, e per quanto in questa sede specificamente rileva, la asserita erronea qualificazione giuridica della condotta posta in essere.

Sarebbe stato indimostrato l'aggio fornito dal ricorrente, quale capoclan, al G.D'A. per conseguire una posizione dominante nel settore di mercato di riferimento, impedendo ad aziende concorrenti di conquistare fette di mercato occupate dalla ditta del secondo o di estromettere altre aziende o costringere i titolari degli esercizi commerciali a non rivolgersi ad altri fornitori, anche in ragione del mal effettuato apprezzamento delle dichiarazioni assunte; erroneamente non si sarebbe tenuto conto del fatto che le somme mensili gli erano state corrisposte quale forma di sostentamento, essendo all'epoca privo di occupazione.

Ancora, si evidenziava come il quadro indiziario emergente dalle disposte intercettazioni avesse escluso alcun rapporto di cointeressenza con il Q.F., non assumendo rilievo neanche la corresponsione da parte del G. D'A. di somme per il sostentamento di appartenente al medesimo clan, allora detenuto, giammai richiesta o sollecitata dal G.C. Infine, alcuna rilevanza avrebbe



potuto attribuirsi alla vicenda avente ad oggetto un recupero di crediti da un esercizio commerciale, non essendo stato identificato il “Ciccio” che avrebbe dovuto procedervi.

Il quesito specifico che si pone dunque alla Suprema Corte riguarda la ravvisabilità degli estremi della illecita concorrenza in una ipotesi ben particolare, caratterizzata dall’acquisizione da parte dell’imprenditore di posizione dominante di mercato mediante il ricorso alla forza intimidatrice di sodalizi criminali mafiosi.

Prima di procedere nella analisi della risposta fornita dalla Corte pare opportuno, in via preliminare, richiamare il dato normativo e le invero non trascurabili problematiche interpretative dallo stesso poste, oggetto di recente pronunciamento del Giudice di legittimità nella sua più autorevole composizione.

Normativa

Art. 513--bis codice penale “Illecita concorrenza con violenza o minaccia”

Chiunque nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, compie atti di concorrenza con violenza o minaccia è punito con la reclusione da due a sei anni.

La pena è aumentata se gli atti di concorrenza riguardano un'attività finanziata in tutto o in parte ed in qualsiasi modo dallo Stato o da altri enti pubblici.

Inquadramento

La fattispecie di “Illecita concorrenza mediante violenza o minaccia”, come anticipato, trova la sua tipizzazione nell’art. 513-bis c.p., introdotto dall’art. 8, l. n. 203/1982, nell’ambito di più ampio intervento legislativo mediante il quale sono state introdotte nell’ordinamento penalistico significative fattispecie in tema di criminalità organizzata di stampo mafioso, prima fra tutte quella di cui all’art. 416--bis.

Tipizzata come la condotta di chi, nell’esercizio di attività commerciale, industriale o produttiva, compia atti di concorrenza con violenza o minaccia – per la quale interviene la sanzione della reclusione da due a sei anni, salvo il più severo trattamento sanzionatorio di cui al secondo comma, giustificato dal maggior rilievo sociale delle attività medesime, per tale motivo destinatarie di sovvenzioni pubbliche – la disposizione in esame deve la sua introduzione all’esigenza di reprimere tipiche condotte riferibili alla c.d. mafia imprenditrice, in grado di alterare il libero gioco del mercato.

La finalità dichiarata era infatti quella di reprimere tutte quelle condotte di stampo mafioso dotate di tipicità, per così dire, sul piano sociale e idonee ad alterare la concorrenza in quanto contrassegnate da violenza o intimidazione – a titolo esemplificativo si pensi alla collazione di ordigni, ai danneggiamenti o alla violenza nei confronti delle persone – così impendendo all’operatore economico concorrente di autodeterminarsi nell’esercizio della sua attività commerciale, imprenditoriale o produttiva.

L’introduzione della nuova fattispecie era in



particolare volta a colmare il vuoto di tutela ravvisato tra le figure dell'estorsione (art. 629 c.p.) e della turbata libertà dell'industria o del commercio (art. 513 c.p.).

La prima disposizione, infatti, contempla condotte che si dirigono sostanzialmente verso il patrimonio dei singoli e verso la persona, richiedendo comunque che venga provato anche il conseguimento di un ingiusto profitto con altrui danno; la seconda, per contro, pur tutelando la libertà dell'iniziativa economica, eleva all'ambito del penalmente rilevante soltanto gli atti di violenza diretti verso le cose.

Le finalità dichiarate sono state, tuttavia, disattese nella concreta opera di elaborazione della disposizione incriminatrice, priva di qualsivoglia riferimento al fenomeno mafioso tanto da un punto di vista soggettivo quanto oggettivo.

Nel primo senso, il legislatore non richiede che il soggetto attivo sia un appartenente al sodalizio criminale, dovendosi trattare, in maniera più circoscritta di esercente un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva. Secondo dottrina e giurisprudenza concordi, non è peraltro richiesta la qualifica formale di imprenditore, essendo sufficiente lo svolgimento in via di fatto di tali attività (Cass., sez. II pen., sent. n. 26918 del 16/05/2001), anche se non in modo meramente estemporaneo o occasionale. Si è comunque in presente di reato proprio (Cass., sez. VI pen., sent. n. 6055 del 24/06/2014) o, come efficacemente osservato in dottrina, quanto meno di ipotesi riservata agli addetti ai lavori. Nel secondo senso, ancora, la condotta viene ad essere descritta in maniera molto ampia e,

si potrebbe dire, generale: anche in tal caso non vi è alcun riferimento a specifiche modalità o finalità connesse al metodo mafioso, essendo necessario e sufficiente che vengano posti in essere atti di concorrenza connotati dalla modalità violenta o minatoria. Ancora, poi, occorre porre attenzione alla scelta della collocazione sistematica della disposizione nel titolo dei delitti contro l'economia pubblica e non di quelli contro l'ordine pubblico. Pur non essendo la collocazione sistematica sempre univoca quanto alla individuazione dell'oggettività giuridica tutelata, non può non attribuirsi rilievo alla scelta del legislatore.

Viene conclusivamente in rilievo una disposizione in alcun modo evocativa di esigenze di contrasto al fenomeno mafioso rispetto alla quale, proprio per tale ragione, è possibile svolgere un duplice ordine di considerazioni.

Per un verso, essa si caratterizza per un maggiore ambito applicativo, suscettivo di attrarre condotte certamente ulteriori rispetto a quelle distorsive della concorrenza, tipicamente realizzate, proprio con violenza o minaccia, dalle organizzazioni criminali mafiose. Comprova di ciò può trarsi proprio dal costante orientamento giurisprudenziale che ha progressivamente riconosciuto la sussumibilità nella disposizione in esame di condotte estremamente variegata, prescindendo, conformemente al dato testuale, dalla spendita del metodo mafioso o dalla insussistenza di legame alcuno tra il soggetto agente e sodalizi di stampo mafioso (in termini di già Cass., sez. I pen., sent. n. 2224 del 1/02/1996).

Per altro verso ed in chiave fortemente



critica, non si è mancato di rilevare come la operata tipizzazione dell'ipotesi di reato in esame abbia determinato una sostanziale eterogenesi dei fini, contribuendo a relegare la nuova figura nel novero di quelle sostanzialmente inutili e frutto soltanto di logiche emergenziali ovvero di impeti emotivi. Introdotta mediante intervento legislativo immediatamente successivo i gravissimi fatti dell'omicidio del generale Dalla Chiesa e dell'on.le La Torre, l'art. 513-bis non sarebbe dotata di propria, autonoma rilevanza, potendo le condotte pure in essa sussumibili essere perseguite anche in forza di disposizioni di già presenti nell'ordito normativo penalistico.

Non sono soltanto queste, peraltro, le osservazioni critiche rivolte alla disposizione in commento, della quale è stata ripetutamente sottolineata la complessiva infelice formulazione, determinativa, da ultimo, di particolari difficoltà nella stessa individuazione e delineazione della condotta punibile.

In assenza di una più puntuale delineazione degli atti di concorrenza che, ove posti in essere con violenza o minaccia, sarebbero passibili di rimprovero penale, la dottrina e la giurisprudenza si sono infatti interrogati sul concreto significato da attribuire a tale nozione.

Sostanzialmente due sono stati gli indirizzi emersi nella giurisprudenza di legittimità e nella stessa dottrina.

In forza di un primo orientamento, il testo legislativo dell'art. 513-bis contemplerebbe i soli atti concorrenziali tipici, suscettibili di essere realizzati con mezzi vessatori e posti in essere con violenza o minaccia nei

confronti di altri soggetti economici tendenzialmente operanti nello steso settore. Da tanto deriverebbe la inapplicabilità della fattispecie in esame ad atti di violenza o minaccia non sostanziatisi in condotte illecite tipicamente concorrenziali anche laddove la finalità perseguita sia la limitazione della libera concorrenza. Rileverebbero, dunque, ai sensi dell'art. 513-bis solo condotte quali il sabotaggio; lo storno di dipendenti; il rifiuto di contrarre (in termini tra le altre Cass., sez. II pen., sent. n. 49365 dell'8/11/2016; Cass., sez. II pen., sent. n. 9763 del 10/02/2015; Cass., sez. II pen., sent. n. 29009 del 27/05/2014; Cass., sez. III pen., sent. n. 16195 del 6/03/2013; Cass., sez. II pen., sent. n. 35611 del 27/06/2007) in difetto delle quali potrebbero configurarsi altre e diverse ipotesi di reato, tra le quali, in particolare, l'estorsione, consumata o tentata.

Una seconda opzione interpretativa, per converso, suggerisce di interpretare la disposizione come se la condotta si incentrasse sulla violenza o minaccia poste in essere con il dolo specifico di inibire la concorrenza (in termini di già Cass., sez. III pen., sent. n. 450 del 15/02/1995). Una simile opzione ricostruttiva troverebbe peraltro un proprio ulteriore fondamento nella circostanza che il bene giuridico tutelato dalla disposizione dovrebbe essere individuato non solo nell'ordine economico sub specie di garanzia della libertà di concorrenza, ma anche nella libertà di autodeterminazione individuale del singolo operatore economico.

Merita peraltro a tale riguardo evidenziare come controversa sia la stessa individuazione



dell'oggettività giuridica tutela dalla disposizione in esame, variamente individuata ora nell'ordine economico inteso come buon funzionamento del sistema economico mediante la garanzia della libertà di concorrenza, quest'ultima secondo taluni involgente anche la libertà personale di autodeterminarsi nell'esercizio di attività commerciali; ora nell'ordine pubblico (ma si tratta di posizione minoritaria); non mancando peraltro la posizione di chi ha ritenuto la fattispecie in esame essere reato plurioffensivo.

Tornando peraltro alle proposte interpretative riguardo agli atti di concorrenza, quanto alla seconda opzione sopra esposta, è stato criticamente evidenziato come, pur essendo essa probabilmente maggiormente conforme alla complessiva ratio ed alla stessa origine storica della disposizione in esame, presenti incontestabili profili di frizione con il principio di legalità, con specifico riferimento ai corollari di tassatività e determinatezza: pur nella ampiezza della formula utilizzata per delineare la condotta tipica, il legislatore richiede comunque che l'atto sia tipico di un'attività economica, con conseguente preclusione – in forza dell'imprescindibile rispetto del principio di legalità e tassatività – che la specificità dell'atto sia intesa come il fine dell'azione.

Mai intervenuto il pur auspicato intervento riformatore, la querelle interpretativa è stata infine oggetto di pronuncia della Corte di Cassazione nella sua più autorevole composizione con sentenza n. 13178 del 28 aprile 2020.

Considerevole è lo sforzo ricostruttivo

operato dagli Ermellini i quali – richiamati i molteplici profili di criticità della disposizione in esame – hanno adottato una soluzione interpretativa della terza via, facendo propria un'opzione che, maturata nell'ambito dell'orientamento estensivo (e di già espressa da Cass., sez. III pen., sent. n. 3868 del 10/12/2015), tributa rilevanza, ai fini della individuazione della condotta sanzionata dall'art. 513-bis, a qualsivoglia comportamento competitivo, tanto attivo quanto passivo, impeditivo dell'altrui libertà di concorrenza che si presti ad essere realizzato in forme violente o minatorie, sì da favorire o consentire l'illecita acquisizione di posizioni di vantaggio o di predominio sul libero mercato in danno del concorrente e senza alcun merito derivante dalle capacità effettivamente mostrate nell'organizzazione e nello svolgimento della attività produttiva (in termini Cass., sez. II pen., sent. n. 30406 del 19/06/2018; Cass., sez. VI pen., sent. n. 38551 del 5/06/2018). Tanto in ragione della rilevanza tributata alla disposizione civilistica in tema di atti di concorrenza sleale, art. 2598 c.c., della quale rileverebbe anche l'ipotesi di cui al n. 3 e, dunque, il valersi, in modo diretto o indiretto, di ogni mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda.

Meritevole di attenzione è l'opzione metodologica adottata dal Giudice della nomofilachia il quale ha proceduto ad una interpretazione della disposizione e del relativo bene giuridico alla luce non soltanto della intentio legislatoris, ma anche e soprattutto (della evoluzione) della normativa italiana e comunitaria in tema di



concorrenza.

Conclusivamente affermando, in maniera quasi tautologica, che ai fini della configurabilità del reato in esame è necessario il compimento di atti di concorrenza che, posti in essere nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale o comunque produttiva, siano connotati da violenza o minaccia e idonei a contrastare od ostacolare la libertà di autodeterminazione dell'impresa concorrente, la Suprema Corte in motivazione identifica tali atti in quelli di concorrenza sleale di cui all'art. 2598 c.c.: e tanto, per come anticipato, con riferimento non soltanto alle previsioni di cui ai nn. 1 e 2 che delineano ipotesi di atti concorrenziali puntuali, ma anche a quella di cui al n. 3 ai sensi del quale integra atto di concorrenza sleale anche l'impiego, direttamente o indirettamente, di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altra azienda. Si attribuisce in tal modo rilievo anche ad atti non tipizzati di concorrenza sleale quali, a titolo esemplificativo, il boicottaggio economico, il dumping e più in generale ad ogni possibile alterazione del libero gioco della domanda e dell'offerta.

Tale esito interpretativo si fonda sulla individuazione del bene giuridico tutelato dalla disposizione incriminatrice a seguito di un'interpretazione sistemica e soprattutto, come è stata definita, multilivello.

L'interesse penalmente protetto viene infatti ravvisato nella libertà di concorrenza, articolazione della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41, Cost., la cui ampiezza è stata progressivamente estesa dalla normativa comunitaria nell'ambito della

quale essa assume rilievo primario, con evidenti ripercussioni anche sulla normativa interna.

Duplici è dunque il significato da tributarsi alla nozione "concorrenza" che deve essere intesa certamente in senso negativo, ma anche positivo, quale assenza di condizionamenti indebiti all'esercizio della relativa libertà.

E' proprio da tale sistema multilivello, espressamente riconosciuto come più ampio e complesso, che la Suprema Corte trae i riferimenti utili per addivenire a quella che potremmo definire come collocazione sistematica della scelta di criminalizzazione operata in passato dal legislatore ed alle quali viene così conferito un nuovo e più attuale significato, maggiormente conforme al mutato contesto valoriale.

Non sono invero mancati i condivisibili rilievi critici mossi alle affermazioni poste dalla Suprema Corte che non paiono essere pienamente rispondenti al pur dichiarato intento tassativizzante, persistendo al contrario i profili di contrasto con il principio di legalità della soluzione interpretativa proposta, non elisi dall'apprezzabile sforzo metodologico effettuato.

Perplessità suscita innanzitutto l'utilizzo dell'oggettività giuridica in chiave non già critica, ma metodologica, mediante il quale addivenire, in difformità rispetto ai principi propri del diritto penale del fatto improntato alla frammentarietà, alla criminalizzazione di comportamenti non espressamente contemplati dal legislatore, anche se dotati di offensività.

Tanto più che la stessa formulazione dell'art.



2598, n. 3, c.c. – ove non se ne valorizzi, per come pure possibile, il carattere analogico esplicito rispetto alle precedenti fattispecie, puntualmente previste, di concorrenza sleale – non appare idonea a soddisfare le esigenze sottese al principio di tassatività, atteggiandosi la disposizione in esame quale clausola definitiva di chiusura, indeterminata, e pertanto non conforme alle esigenze proprie del moderno diritto penale. Opportuna sarebbe pertanto, come proposto in dottrina, un'interpretazione della disposizione coerente con l'imprescindibile dato normativo alla luce del quale gli atti di concorrenza non possono che essere innanzitutto atti di esercizio dell'attività di impresa, non potendo di certo rilevare in senso contrario una interpretazione di carattere teleologico, per quanto fondantesi su un apparato motivazionale del quale è stata addirittura riconosciuta la non comune acribia.

Soluzione

Tali rilievi critici non emergono in modo alcuno nella sentenza in esame la quale, in maniera piuttosto semplificatrice, fa leva sulla ampia nozione di concorrenza fatta propria dalla sentenza delle Sezioni Unite onde risolvere il quesito relativo alla possibile rilevanza ai sensi dell'art. 513-bis della condotta dell'imprenditore che acquisti una posizione dominante di mercato mediante l'intervento dei clan che controllano le zone ove insistono gli esercizi

commerciali destinatari delle sue prestazioni.

Confermando un orientamento di già consolidato (tra le altre Cass., sez. II pen., sent. n. 6462 del 21/02/2011), la sentenza in esame riconosce la rilevanza ex art. 513-bis anche di tale specifica ipotesi: anche in tal caso, infatti, si determina la sostanziale alterazione dell'equilibrio del mercato e del principio di libera concorrenza attesa l'impossibilità di riferire i derivanti rapporti commerciali ad una libera scelta degli operatori, essendo gli stessi piuttosto frutto della minaccia, anche implicita, scaturente dalla notorietà della vicinanza dell'imprenditore con i clan di stampo mafioso.

Tanto determina, prosegue il Giudice di legittimità, la sostanziale mortificazione degli altri imprenditori operanti nel medesimo settore che finiscono così per essere illecitamente inibiti quante volte non sia garantita la libertà da illecite interferenze e condizionamenti e, quindi, la posizione dominante di mercato non si configuri come l'esito delle capacità effettivamente mostrate nell'organizzazione e nello svolgimento della propria attività produttiva. Simile effetto si verifica peraltro ove la condotta incida tanto sugli altri potenziali concorrenti – precludendone l'accesso nel settore di riferimento – che sugli esercenti al dettaglio, impedendo loro di scegliere liberamente il contraente.

Tale conclusione – ed in ciò il riferimento esplicito alla pronuncia delle Sezioni Unite – rinviene il proprio fondamento proprio nel bene giuridico tutelato dalla disposizione ed individuato nella libertà di concorrenza e di



libertà di iniziativa economica che, alla stregua anche di una lettura convenzionalmente orientata, si spiega in una latitudine particolarmente ampia, idonea ad attrarre qualsiasi condotta che perturbi l'esercizio di tale libertà la quale deve spiegarsi in assenza di condizionamenti indebiti.

E' sin troppo semplice, verrebbe da dire, per la Suprema Corte, tanto posto, rilevare come tale libertà sia certamente suscettiva di essere vulnerata da “meccanismi fin troppo collaudati di intimidazione mafiosa”.

Laddove la condotta intimidatoria non trasmodi nella finitima figura dell'estorsione (ancora una volta la distinzione tra le due figure viene ravvisata nelle modalità in cui si esprime l'azione violenta, nel delitto di estorsione risolvendosi nella coazione fisica e psichica dell'imprenditore), ben può aversi infatti illecita concorrenza anche a prescindere dalla circostanza che la minaccia costitutiva dell'intimidazione anticoncorrenziale si palesi in maniera “eclatante”, essendo sufficiente la idoneità a incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo in relazione alle circostanze soggettive, alle condizioni soggettive della vittima ed alle situazioni in cui opera.

Tali specifiche affermazioni appaiono condivisibili e peraltro coerenti sia con il dato normativo che con l'abituale invenirsi di fattispecie quali quella in esame.

Nel porre tra gli elementi costitutivi della fattispecie la violenza e la minaccia, il legislatore ha infatti tributato rilevanza rispettivamente a qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di

determinazione e di azione – che può consistere anche in una violenza «impropria», che si attua attraverso l'uso di mezzi anomali diretti ad esercitare pressioni sulla volontà altrui, impedendone la libera determinazione – nonché a qualsiasi comportamento o atteggiamento idoneo ad incutere timore ed a suscitare la preoccupazione di un danno ingiusto al fine di ottenere che, mediante la detta intimidazione, il soggetto passivo sia indotto a fare, tollerare o ad omettere qualcosa.

Proprio in tale ultimo senso, non è revocabile in dubbio come quelli che solo eufemisticamente possono essere definiti suggerimenti o richieste, ove provenienti da soggetti notoriamente appartenenti a organizzazioni mafiose, sono dotati di intrinseca attitudine a coartare la altrui volontà. Superfluo sarebbe in un tale contesto richiedere una esplicita intimidazione, ben potendo, per come affermato dalla giurisprudenza, la minaccia essere costituita anche dalla mera evocazione del patrocinio di gruppi organizzati noti per la consumazione reiterata di reati contro la persona (così Cass., sez. II pen., sent. n. 30404 del 19/06/2018, in fattispecie relativa ad una telefonata, in assenza di atti riconducibili a minaccia “ordinaria”, ma con evocazione del capitale criminale delle mafie storiche calabresi).

Ove quindi sia accertata giudizialmente l'esistenza di un mercato chiuso, caratterizzato dalla sussistenza di una situazione di monopolio acquisita e consolidata grazie alla forza intimidatrice dei clan – quest'ultima inferibile dalla periodica

corresponsione di somme di denaro parametrata peraltro, come nel caso di specie, sul numero delle slot machine collocate – o per converso e contemporaneamente dalla preclusione del possibile accesso nel mercato di diversi operatori economici, ebbene, in tal caso si ha concorrenza sleale penalmente rilevante che ben può essere contestata sia all'imprenditore quand'anche questi si sia "limitato" ad avvantaggiarsi della forza intimidatrice del sodalizio mafioso al quale risulti contiguo (Cass., sez. II pen., sent. n. 9513 del 18/01/2018; in termini di già Cass., sez. II pen., sent. n. 6462 del 16/12/2010) sia agli appartenenti al sodalizio stesso a titolo di concorso nel reato, giusta i principi generali in tema di concorso nel reato proprio.

Ancora, non è necessario che la condotta intimidatoria si diriga nei confronti degli altri concorrenti economici (Cass., sez. VI pen., sent. n. 37520 del 18/04/2019), ben potendo appuntarsi su soggetti terzi (Cass., sez. I pen., sent. n. 19713 del 22/02/2005), come gli esercenti presso i quali collocare attrezzature o merci che, proprio in virtù della subita intimidazione, anche "larvata", meglio ancora "ambientale", non si rivolgeranno che agli imprenditori "sponsorizzati" dal clan.

Proprio tali circostanze peraltro fondano anche la correttezza della contestazione, nel caso di specie, dell'aggravante speciale di cui all'art. 416-bis.1 tanto nella declinazione del metodo che dell'agevolazione. In simile ipotesi, infatti, l'imprenditore, mediante l'intimidazione ambientale realizzata dai concorrenti nel reato, acquista o consolida

una posizione dominante ed al contempo i clan consolidano il proprio controllo sul territorio e si procurano utilità economiche che ne rafforzano l'operatività.

Si tratta conclusivamente di sentenza condivisibile nella valutazione delle modalità di invero della fattispecie in esame nel caso di intimidazione mafiosa, ma rispetto alla quale non può non svolgersi qualche notazione critica nella misura in cui, implicitamente e con un atteggiamento forse eccessivamente semplificatore, accede alla nozione ampia di atti di concorrenza fatta propria dalle Sezioni Unite, parendo, invero, ad avviso di chi scrive, che permangano, peraltro probabilmente acuiti, i di già rilevati profili di contrasto non solo con il principio di legalità, sub specie di tassatività, ma anche con quello di frammentarietà del diritto penale medesimo, che non paiono superabili da una lettura evolutiva della nozione e del ruolo spendibile dal bene giuridico, ma da un intervento, esso sì finalmente risolutivo, del legislatore.

AMMINISTRATIVO

La partecipazione procedimentale nei procedimenti regolatori delle Autorità amministrative indipendenti

Consiglio di Stato, sez. VI, Sent. n. 7972 del 14 dicembre 2020

di Consuelo Calzolaio

Fatto

La vicenda trae origine dalla determinazione della Commissione nazionale per le Società e la Borsa (Consob) del 13 settembre 2017, n. 106341 con la quale l’Autorità ha qualificato il rapporto partecipativo di Vivendi S.A. in Telecom Italia s.p.a. in termini di controllo di fatto ai sensi dell’art. 2359 del codice civile, dell’art. 93 del D.lgs. n. 58 del 1998, nonché della disciplina in materia di operazioni con parti correlate di cui al Regolamento Consob adottato con delibera 12 marzo 2010, n. 17221.

La Vivendi, società francese quotata alla Borsa di Parigi, è entrata nel capitale sociale di Telecom nel giugno del 2015, con la titolarità di una partecipazione iniziale pari al 6,66 per cento, che si è poi progressivamente incrementata fino a raggiungere il 23,925 per cento del capitale sociale di Telecom.

Il collegio sindacale di Telecom, nel novembre del 2016, comunicava alla Consob di aver avviato taluni approfondimenti in ordine alla qualificazione giuridica del rapporto tra la Vivendi e la Telecom, all’esito dei quali riferiva che sussistevano i presupposti per

qualificare la Vivendi come socio di controllo ai fini della disciplina relativa alle operazioni con parti correlate di cui al Regolamento Consob del 2010.

Il consiglio di amministrazione della Telecom negava invece sussistere tale rapporto di controllo tra le due società.

A seguito di tali accertamenti, la Consob, nell’aprile del 2017, comunicava a Telecom che il suo assetto proprietario e la governance, nonché le circostanze fattuali segnalate dal collegio sindacale, assumevano rilievo quali indici di una crescente influenza del socio Vivendi sulla gestione del gruppo Telecom e, a seguito della nomina da parte della Vivendi della maggioranza dei consiglieri di amministrazione della Telecom, deliberava che la medesima Vivendi esercitava il controllo su Telecom ai sensi degli artt. 2359, comma 1, n. 2, del codice civile e 93 del d.lgs. n. 58 del 1998, nonché ai sensi del Regolamento Consob del 2010.

La determinazione è stata impugnata da Telecom e Vivendi innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, il quale, con sentenza n. 4990 del 2019, ha respinto il ricorso, ritenendo legittimo l’accertamento svolto dalla Consob in ordine alla sussistenza di un controllo societario di Vivendi nei confronti di Telecom dal momento che il potere esercitato dalla Consob ha fondamento nella legge, e, altresì, le norme sulla partecipazione procedimentale non risultano violate giacché non sarebbe stato necessario comunicare l’avvio del



procedimento amministrativo, in quanto ci sarebbe stata una ampia interlocuzione tra le parti, pubbliche e private, e, in ogni caso, si tratterebbe di un vizio formale non invalidante ai sensi dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Avverso la decisione del giudice amministrativo le ricorrenti in primo grado hanno proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza impugnata, risultando violati i canoni della legalità sostanziale e procedurale.

Il Consiglio di Stato, pur riconoscendo la legittimità del potere esercitato dalla Consob, ha ritenuto che la stessa non avesse rispettato le regole del contraddittorio procedimentale, particolarmente importanti e rilevanti quando vengono esercitati poteri cd. impliciti.

Normativa

Articolo 2359 c.c. Società controllate e società collegate

Sono considerate società controllate:

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Ai fini dell'applicazione dei numeri e del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi.

Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in mercati regolamentati.

Articolo 2391 bis.c.c. Operazioni con parti correlate

Gli organi di amministrazione delle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio adottano, secondo principi generali indicati dalla Consob, regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate e li rendono noti nella relazione sulla gestione; a tali fini possono farsi assistere da esperti indipendenti, in ragione della natura, del valore o delle caratteristiche dell'operazione.

I principi e le regole previsti dal primo comma si applicano alle operazioni realizzate direttamente o per il tramite di società controllate e disciplinano le operazioni stesse in termini di competenza decisionale, di motivazione e di documentazione. L'organo di controllo vigila sull'osservanza delle regole adottate ai sensi del primo comma e ne riferisce nella relazione all'assemblea.

La Consob, nel definire i principi indicati nel primo comma, individua, in conformità all'articolo 9 quater della direttiva 2007/36/CE, almeno:

- a) le soglie di rilevanza delle operazioni con parti correlate tenendo conto di indici quantitativi legati al controvalore dell'operazione o al suo impatto su uno o



più parametri dimensionali della società. La Consob può individuare anche criteri di rilevanza che tengano conto della natura dell'operazione e della tipologia di parte correlata;

b) regole procedurali e di trasparenza proporzionate rispetto alla rilevanza e alle caratteristiche delle operazioni, alle dimensioni della società ovvero alla tipologia di società che fa ricorso al mercato del capitale di rischio, nonché i casi di esenzione dall'applicazione, in tutto o in parte, delle predette regole;

c) i casi in cui gli amministratori, fermo restando quanto previsto dall'articolo 2391, e gli azionisti coinvolti nell'operazione sono tenuti ad astenersi dalla votazione sulla stessa ovvero misure di salvaguardia a tutela dell'interesse della società che consentono ai predetti azionisti di prendere parte alla votazione sull'operazione.

Articolo 91 D.lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) Poteri della CONSOB

La CONSOB esercita i poteri previsti dalla presente parte avendo riguardo alla tutela degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali.

Articolo 93 D.lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) Definizione di controllo

1. Nella presente parte sono considerate imprese controllate, oltre a quelle indicate nell'articolo 2359, primo comma, numeri 1 e 2, del codice civile, anche:

a) le imprese, italiane o estere, su cui un soggetto ha il diritto, in virtù di un contratto o di una clausola statutaria, di esercitare un'influenza dominante, quando la legge applicabile consenta tali contratti o clausole;

b) le imprese, italiane o estere, su cui un socio, in base ad accordi con altri soci, dispone da solo di voti sufficienti a esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria.

2. Ai fini del comma 1 si considerano anche i diritti spettanti a società controllate o esercitati per il tramite di fiduciari o di interposte persone; non si considerano quelli spettanti per conto di terzi.

**Articolo 23 L. n. 262 del 2005
Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali**

I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono.

Gli atti di cui al comma 1 sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al

comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori.

Le Autorità di cui al comma 1 sottopongono a revisione periodica, almeno ogni tre anni, il contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori.

Le Autorità di cui al comma 1 disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei principi di cui al presente articolo, indicando altresì i casi di necessità e di urgenza o le ragioni di riservatezza per cui è ammesso derogarvi.

Inquadramento

L'iter logico seguito dal Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, prende le mosse dalla ricostruzione del principio di legalità, nella duplice accezione di legalità – indirizzo e legalità – garanzia⁵⁸.

⁵⁸ Si veda SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2018, pp. 3 e ss., secondo cui “la legge, quando dialoga con l'Amministrazione, è animata da due ispirazioni. Da un lato, definisce l'indirizzo dell'azione amministrativa (principio di legalità-indirizzo), dall'altro, costituisce una garanzia per il cittadino (principio di legalità-garanzia). Del resto, la stessa discrezionalità della p.a. è scelta del modus per raggiungere fini predeterminati e non scelta dei fini in sé, che è, invece, propria dell'attività politica. La legge, quindi, indirizza l'attività

Come noto, il principio di legalità, risolvendosi nella prescrizione per cui ogni potere deve trovare fondamento nella legge, è un principio che si impone all'azione amministrativa, conformandola, stante il suo agere unilaterale e imperativo nella sfera giuridica dei soggetti privati⁵⁹. Così, il principio in parola svolge una funzione propriamente di garanzia nei confronti del consociato, tutelandolo dal rischio di un possibile esercizio arbitrario del potere

dell'Amministrazione e, nello stesso tempo, si pone come presidio di garanzia per il cittadino. Questa particolare concezione del principio di legalità emerge in relazione alle attività amministrative ablativo, cioè quelle che sottraggono diritti o che li comprimono come nei casi delle ablazioni personali (ad esempio in relazione alle imposte e alle tasse, art. 23 Cost.) e delle ablazioni reali (ad esempio l'espropriazione). La legge, quindi, rappresenta l'imprescindibile presupposto dell'azione amministrativa, che trae dalla prima la legittimazione democratica e consente alla p.a. di emettere un provvedimento amministrativo tradizionalmente connotato dalla possibilità di imporsi unilateralmente al privato”.

⁵⁹ In tal senso SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2018, pp. 3 e ss., che sottolinea “l'Amministrazione è soggetta alla legge perché esercita poteri autoritativi, che imponendosi ai destinatari, devono necessariamente rinvenire il presupposto legittimante nella volontà popolare espressa attraverso le leggi (principio di legittimazione democratica). Qualunque potere amministrativo trova, quindi, il suo imprescindibile presupposto nella legge, che può in misura diversa vincolare l'agere amministrativo e che individua sempre i fini e i risultati cui la p.a. deve tendere, non appartenendo al potere amministrativo il potere libero nei fini. Qualora, infatti, il legislatore non determini gli scopi dell'azione amministrativa, si abbandona il campo dell'attività amministrativa stricto sensu intesa, controllabile dall'autorità giudiziaria e si confluisce nell'attività politica, che non è soggetta alla giurisdizione del g.a., come, peraltro, ricorda l'art. 7 c.p.a.. Dove c'è potere amministrativo c'è sempre una legge che fonda quel potere”



amministrativo.

L'accezione di legalità accolta dal nostro ordinamento, come chiarito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 115 del 2011⁶⁰, è una accezione forte, sostanziale. La legge deve quindi attribuire il potere,

⁶⁰ Per una analisi critica si veda G. MELONI, *Le ordinanze (forse non solo) ordinarie dei sindaci in materia di sicurezza urbana tra legalità sostanziale e riserve relative. Il detto e il non detto nella sentenza n.115/2011 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi*, n. 14/2011, che evidenzia che “non è sufficiente l'attribuzione legislativa del potere, idonea a soddisfare la legalità formale dell'atto, ma – ogni provvedimento - è chiamato a confrontarsi con la legalità sostanziale. È indispensabile che il potere, seppur finalizzato legislativamente alla tutela di un bene o di un valore, sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa. Vi è pertanto una adesione piena alla tesi della necessaria legalità sostanziale. Il dato di maggior rilievo che sembra da cogliere, però, è quello di una considerazione del principio di legalità sostanziale da far valere in generale, superando definitivamente qualunque visione meramente formalistica della legalità che, nell'esaurirsi nella previsione dell'interesse da perseguire da parte dell'amministrazione sulla base di apposita norma attributiva del relativo potere, non appare in grado di assicurare la necessaria determinazione pur elastica del contenuto e delle modalità del provvedere. Pare difficile non condividere tale assunto della Corte, che costituisce uno dei portati fondamentali dello Stato di diritto e del principio di democraticità della p.a. e della sua azione. La legalità sostanziale, infatti, pare idonea a garantire non solo la formale rispondenza del provvedere amministrativo alla norma attributiva del potere, ma è tale da inserire l'esercizio della discrezionalità amministrativa nell'ambito di previsioni legislative che, in quanto espressione dell'esercizio della sovranità popolare, dovrebbero assicurare proprio il nuovo rapporto amministrazione-cittadini prefigurato in costituzione e le conseguenti forme di tutela che questi devono vedersi garantite con lo scrutinio dell'azione amministrativa da parte del giudice”.

indicando il fine cui esso è funzionalizzato, e prevedere i contenuti, i limiti e le modalità di esercizio dello stesso⁶¹.

Come evidenziato in dottrina, in forza del principio di legalità sostanziale “ogni provvedimento amministrativo non deve essere semplicemente autorizzato dalla legge, ma deve essere conforme all'intima ratio ispiratrice della norma. La legge, quindi, oltre ad attribuire il potere, deve determinare i confini dello stesso ed individuare con sufficiente precisione l'autorità competente, i destinatari dell'atto, il tipo di potere (discrezionale o vincolato) ed il risultato da raggiungere”⁶².

In dottrina e giurisprudenza si è a lungo discusso circa il fondamento costituzionale del principio di legalità⁶³.

⁶¹ Si veda BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, Il Mulino, 2009, pp. 701 e ss., secondo cui “il principio di legalità sostanziale viene inteso dalla Corte come limite alla legge, tanto statale quanto, a seguito dei recenti sviluppi, regionale e (solo) di riflesso diviene anche limite all'esercizio del potere amministrativo. In altri termini, il principio in esame impone, laddove opera, che la legge indichi principi e criteri tali da indirizzare e vincolare l'attività dell'amministrazione”.

⁶² Così SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2018, pp. 3 e ss., che evidenzia altresì come possano ormai dirsi superate le diverse accezioni del principio in parola, in particolare quella della legalità debole e debolissima.

⁶³ Sul punto si veda BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, Il Mulino, 2009, pp. 701 e ss., che sottolinea come “è addirittura controverso se il principio di legalità (in senso sostanziale) abbia valore costituzionale, mancando in Costituzione una sua esplicita enunciazione, come avviene invece nell'ordinamento tedesco, nel quale l'art. 80 GG impone al legislatore di determinare «contenuto», «scopo» e «misura» dei poteri regolamentari affidati all'esecutivo. Così vi sono autori, che pur in assenza di un riferimento esplicito, non ne negano il valore costituzionale, ritenendo il principio implicito nella



Seppur l'indirizzo maggioritario rinvenga tale fondamento negli articoli 97 e 23 della Costituzione, deve segnalarsi l'opzione ermeneutica minoritaria secondo cui la base giuridica di tale principio è da rintracciarsi negli articoli 24 e 113 della Costituzione⁶⁴.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, ha precisato che *“sul piano dello scopo da perseguire, la legalità ha un fondamento costituzionale nel principio democratico (art. 1 Cost.), il quale impone che sia il Parlamento a determinare le finalità di interesse pubblico che fanno capo alla comunità di cittadini e che devono essere perseguiti dalla pubblica amministrazione. Sul piano delle garanzie, la legalità ha un fondamento costituzionale in diversi principi (artt. 1, 23, 42, 97 Cost.) e una connotazione differente a seconda della tipologia di potere che viene posto in essere”*⁶⁵.

Costituzione e da essa ricavabile (Carlassare, Paladin, Giannini); vi sono invece autori che lo ammettono solo con riferimento al suo contenuto minimo (Satta, Cassese, Mortati) e chi invece ne arriva a negarne l'esistenza a fronte del principio di effettività (Fois)”.

⁶⁴ In questo senso BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, Il Mulino, 2009, pp. 701 e ss., secondo cui fondamento costituzionale del principio “si sostanzia in ultima analisi nella previsione dell'art. 113 Cost., il quale da un lato rende effettiva la tutela delle situazioni soggettive individuali e la sottoposizione dell'amministrazione alla legge e contestualmente concorre a determinare il valore stesso del principio di legalità”.

⁶⁵ Così SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2018, pp. 3 e ss., che mette in luce come “si discute ancora oggi su quale sia il fondamento normativo del principio di legalità. Vi è convergenza di vedute nel ritenere che il principio in parola rinvenga il suo fondamento nell'art. 97 Cost., secondo cui «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione», e negli artt. 24 e

È invece pacifico l'orientamento che ravvisa, pur in assenza di espressa previsione normativa, i corollari⁶⁶ della legalità nella tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi⁶⁷.

113 Cost. Queste ultime norme, in particolare, sottopongono l'incedere dell'attività amministrativa al sindacato giurisdizionale, che è a sua volta soggetto alla legge; ne deriva che per essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale la p.a. deve uniformarsi alla legge. I referenti costituzionali del principio di legalità sono, quindi, gli artt. 97, 24 e 113 Cost. Non può, tuttavia, tralasciarsi di considerare che anche gli artt. 23 e 42 Cost. completino il mosaico delle norme poste a fondamento del principio di legalità nel diritto amministrativo. L'art. 23 Cost. legittima le ablazioni personali, che possono essere ammesse «solo nei casi previsti dalla legge»; da qui la conclusione che la p.a. può emanare provvedimenti amministrativi ablativi della persona nei soli casi previsti dalla legge. Medesima argomentazione vale per le ablazioni reali; in relazione al potere espropriativo la Costituzione (art. 42) e il codice civile (art. 834) prevedono che la proprietà privata, pur costituendo uno dei diritti fondamentali, può essere limitata nei casi previsti dalla legge”.

⁶⁶ La base giuridica del principio di legalità si è arricchita grazie all'opera della giurisprudenza sovranazionale, in particolare della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Come ha evidenziato il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame, la Convenzione “richiede, quando il provvedimento ha natura sanzionatoria o anche soltanto restrittiva, quali corollari della legalità, che la base giuridica sia accessibile e soprattutto prevedibile. La prevedibilità, secondo l'opzione interpretativa preferibile, deve essere intesa in senso oggettivo, implicando che i destinatari dell'attività amministrativa possano prevedere le conseguenze derivanti dalla eventuale violazione del precetto che vieti determinati comportamenti o che prescriva le modalità di svolgimento di una determinata attività. La tendenza, pertanto, è a richiedere un maggiore livello di sviluppo delle previsioni di legge che regolano i settori interessati da tali tipologie di provvedimenti amministrativi”.

⁶⁷ In tal senso CARINGELLA F., *Il nuovo diritto amministrativo*, in *Il Sistema del diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Vol. I, II edizione, pp. 33 e ss., che ha chiarito che “il potere amministrativo deve essere fondato da una legge che lo attribuisca e lo limiti in omaggio ai principi di nominatività e di tipicità. È,



Pertanto, il provvedimento amministrativo è legittimo se previsto come tale dalla legge e avente quel contenuto per come predeterminato dal paradigma legale⁶⁸.

Evidenzia il Consiglio di Stato che *“si passa da una predeterminazione completa per i provvedimenti che hanno natura vincolata ad una predeterminazione minima per gli atti politici in senso lato che devono rispettare soltanto i principi e le regole generali posti dalle norme attributive del potere”*.

In particolare, nei provvedimenti restrittivi o sfavorevoli *“la tipicità deve assolvere pienamente alla funzione di garanzia della sfera giuridica del destinatario dell’attività amministrativa, in quanto è necessario che la legge stabilisca condizioni e modalità di esercizio del potere al fine di assicurare che l’incidenza negativa nella sfera giuridica del privato sia il risultato di una scelta anche legislativa e non solo amministrativa”*.

Così ricostruito il principio di legalità e i suoi corollari⁶⁹, ci si chiede se siano

infatti, ben radicato nella tradizione e nella Costituzione (art. 97) il principio secondo cui la pubblica amministrazione può avvalersi solo di poteri amministrativi che risultano in termini espressi da puntuali disposizioni normative”.

⁶⁸ In questo senso SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2018, pp. 3 e ss., secondo cui *“dal principio di legalità derivano importanti corollari applicativi. In particolare, non esistono provvedimenti amministrativi atipici. I provvedimenti amministrativi sono tutti tipici, perché sono frutto di un potere attribuito dal legislatore al fine di perseguire un risultato prestabilito a monte”*.

⁶⁹ Sul punto BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, Il Mulino, 2009, pp. 701 e ss., che analizza come *“si avverte in generale la tendenza al superamento di una concezione formalistica della legalità, quale mera verifica del rapporto conforme tra la norma e l’atto, in favore di una visione sostanzialistica, tesa ad*

ammissibili nel nostro ordinamento i poteri cd. impliciti, ossia quei poteri che *“la pubblica amministrazione spende, pur in assenza di una formale legge di investitura, in quanto necessari al fine di perseguire il fine istituzionale o il soddisfacimento dell’interesse per il cui perseguimento la legge assegna espressamente altri poteri espressamente assegnati all’Amministrazione”*⁷⁰.

adottare quale canone integrativo la ragionevolezza e l’idoneità tra fatti reali, beni coinvolti, diritti della persona, principi, interessi e misure adottate. In altri termini, il principio di legalità può anche constare di concetti giuridici indeterminati, a cui si possono riferire una pluralità di soluzioni, pluralità che però deve essere sempre verificabile anch’essa con il criterio della ragionevolezza. Simili approdi sembra non costituiscano tanto indizi della crisi del principio, ma semmai sintomi di una riscoperta del suo senso più profondo: esso non è orientato ad imbrigliare l’amministrazione in una serie di vincoli stringenti, ma a far sì che l’amministrazione, che è parte del reale e componente integrante dell’organizzazione della comunità, agisca per risolvere i problemi della stessa, secondo criteri di pubblicità, imparzialità e adeguatezza delle decisioni”.

⁷⁰ Così CARINGELLA F., *Il nuovo diritto amministrativo, in Il Sistema del diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Vol. I, II edizione, pp. 33 e ss., il quale mette in luce come *“il modello delle competenze non scritte, relativamente nuovo nel nostro sistema, è conosciuto da tempo in altri ordinamenti. In particolare, l’ordinamento comunitario fa spesso ricorso a “un modello mobile di titolarità” volto ad assegnare competenze amministrative (ma anche legislative), secondo uno schema tipico, basato sul principio dell’effetto utile e sui canoni di sussidiarietà e di proporzionalità, alla stregua del quale si autorizza ogni azione dell’Unione che risulti necessaria per raggiungere uno degli scopi della stessa nel quadro delle politiche definite dai Trattati previa delibera all’unanimità del Consiglio (art. 352 Trattato Funzionamento Unione Europea). È un modello conosciuto anche in Germania, dove, con l’espressione Ungeschriebene Kompetenzen, si indicano i poteri previsti dall’ordinamento ma non rigorosamente assegnati a un preciso organo amministrativo. In Gran Bretagna, con l’espressione*



Dottrina e giurisprudenza, consapevoli del vulnus che i poteri impliciti arrecano al principio di legalità, hanno fissato in modo puntuale e rigoroso limiti e regole di contenimento.

I poteri impliciti possono così trovare spazio solo quando indispensabili a consentire l'utile esercizio dei poteri espressamente attribuiti. Il potere implicito è quindi sempre un potere di completamento.

Per il potere implicito, proprio perché non può essere autonomo e autosufficiente, “è necessario stabilire il grado di vicinanza al potere assegnato. Si reputa necessaria una connessione stretta quando la manifestazione dei poteri impliciti rientri nei modi tradizionali di intervento dell'autorità e possa tradursi in provvedimenti individuali di carattere lesivo per i singoli”⁷¹.

implied powers si designano i poteri impliciti in senso proprio, cioè i poteri non propriamente previsti da norme. Negli Stati Uniti è ancora attualissimo il famoso parere reso nel 1791 da Alexander Hamilton, con riguardo agli implied powers ricavati in via di interpretazione da una norma che dispone un titolo di competenza, secondo cui sono conformi al sistema i resulting powers, vale a dire i poteri che derivano from the whole mass o the government or from the nature of the political society. Il potere implicito costituisce poi un principio proprio del diritto internazionale pubblico: un trattato internazionale comporta anche la presenza di previsioni, pur non espresse, che risultino essere necessarie per la ragionevole applicazione delle previsioni dello stesso trattato e per il raggiungimento dei suoi scopi”.

⁷¹ Così CARINGELLA F., *Il nuovo diritto amministrativo*, in *Il Sistema del diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Vol. I, II edizione, pp. 33 e ss., il quale chiarisce “si pensi ai poteri di ritiro, convalida, ratifica, di sospensione e proroga degli atti, da sempre ritenuti ammissibili, anche prima della loro codificazione con la legge n. 15/2005, in quanto consustanziali al potere originariamente esercitato. È invece esclusa

È necessaria, in ogni caso, una motivazione che renda esplicita la strumentalità della regolazione allo scopo normativamente fissato. L'esternazione delle ragioni che hanno spinto alla costruzione del potere implicito consente un reale contraddittorio tra le parti interessate e, di conseguenza, un efficace sindacato da parte del giudice, consentendogli di valutare con maggiore accuratezza se l'Autorità abbia operato all'interno del perimetro di sua competenza o se, viceversa, sia andata oltre.

Meno rigorosa deve invece essere la connessione laddove si sia al cospetto di poteri neutri, di nuova generazione, che non incidano in modo diretto nella sfera di libertà e nel patrimonio giuridico-economico dei destinatari.

Ci si riferisce ai poteri regolatori delle Autorità amministrative indipendenti, normalmente esercitati nei settori dei servizi di pubblica utilità e dei mercati finanziari in senso ampio, e aventi natura normativa o amministrativa generale, nonché, per alcune parti, anche individuale⁷².

la deduzione di un potere sanzionatorio dalla sussistenza di un potere autorizzatorio, in quanto tra il potere di autorizzare un'attività e il potere di sanzionare l'inosservanza di prescrizioni dettate in sede di autorizzazione non ricorre una vicinanza sufficientemente stretta e davvero indefettibile. In questi campi, senza una stretta connessione con la base legale di riferimento, le esigenze di garanzia espresse dal principio di legalità non possono subire limitazione alcuna laddove l'Amministrazione in via unilaterale incida sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei cittadini”.

⁷² Si veda CARINGELLA F., *Il nuovo diritto amministrativo*, in *Il Sistema del diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Vol. I, II edizione, pp. 33 e ss.. L'autore chiarisce come tali poteri “si concretizzano nell'apposizione di regole generali, suscettibili di applicazione a una pluralità di soggetti, per i quali



Nei settori regolati dalle Autorità amministrative indipendenti, il legislatore si limita ad attribuire competenze di carattere generale e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura⁷³. Ciò accade non soltanto perché vengono in gioco valori da tutelare di carattere indeterminato, ma anche perché tali settori sono contrassegnati da forte tecnicismo e rapida evoluzione, rendendo perciò necessari interventi e competenze caratterizzati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica.

I poteri conferiti alle Autorità vanno ben oltre la mera esecuzione e integrazione delle disposizioni legislative, in quanto lasciano alle stesse margini di discrezionalità tali da configurare delle vere e proprie “*deleghe in bianco*”⁷⁴.

È quindi evidente che l'esercizio di poteri non espressamente previsti dalla legge si pone in contrasto col principio di legalità per come descritto.

Ci si è chiesti quindi come si possa giustificare tale deficit di legalità sostanziale. “*La giurisprudenza amministrativa*” evidenzia il Consiglio di Stato “*ha ritenuto necessario rafforzare la legalità procedimentale, la quale assume una valenza forte per “compensare” le mancanze della legalità sostanziale*”⁷⁵.

l'enumerazione degli obiettivi può essere meno dettagliata e il ricorso a poteri impliciti è quasi fisiologico. Si tratta, in questo caso, di poteri impliciti in senso improprio, che non sono in grado di mettere in pericolo interessi sostanziali di rilievo costituzionale”.

⁷³ In questo senso GIOVAGNOLI R., *Compendio di diritto amministrativo*, Ita Edizioni, 2020, p. 336 e ss..

⁷⁴ Così GIOVAGNOLI R., *Compendio di diritto amministrativo*, Ita Edizioni, 2020, p. 336 e ss..

⁷⁵ Cfr. Cons. Stato, sesta sezione, 24 maggio 2016, n. 2182. Si veda anche CARINGELLA F., *Il nuovo*

Ed invero, una procedura partecipata e trasparente⁷⁶, che coinvolge tutti gli operatori interessati, unitamente ad una adeguata motivazione dei provvedimenti

diritto amministrativo, in *Il Sistema del diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Vol. I, II edizione, pp. 33 e ss. , che chiarisce “la dequotazione del principio di legalità sostanziale sancita da questa tecnica legislativa, che non consente alla legge di stabilire con precisione il contenuto della regola e il potere che l'Amministrazione è chiamata a esercitare, deve essere compensata dal rafforzamento del c.d. “principio di legalità procedimentale e pubblicitaria”, che impone un irrobustimento delle garanzie procedurali e partecipative attraverso la pubblicità, la consultazione e la cooperazione dei soggetti interessati all'esercizio del potere. La partecipazione democratica diventa, quindi, il fattore di vera legittimazione di un potere democraticamente esercitato: legittimazione che proviene dal basso, e non dall'alto, poiché non è il popolo sovrano che opera secondo un sistema di rappresentanza a riconoscere l'autorità, ma sono i privati coinvolti dall'azione amministrativa a farlo”.

⁷⁶ In senso più approfondito TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos Le attualità del diritto*, n. 5/2017, che rileva “fin dall'apparizione delle singole autorità indipendenti, i procedimenti che si svolgono dinanzi alle medesime si sono quasi sempre caratterizzati per un'ampia garanzia del rispetto dei principi del contraddittorio e della partecipazione degli interessati. Le forme (procedurali) di tutela del principio del contraddittorio si presentano in maniera diversa a seconda della concreta funzione (sanzionatoria, autorizzatoria, normativa, di indagine, ecc.) svolta dalla singola autorità. Si è così parlato di “contraddittorio verticale” (in relazione alle garanzie poste a tutela del diritto di difesa dei soggetti - singoli o imprese - che vengono a trovarsi coinvolti dall'esercizio di poteri della singola autorità) e di “contraddittorio orizzontale”, con riguardo più specifico alle forme di “partecipazione collaborativa” svolta dai dei soggetti interessati, in rappresentanza dei vari interessi, in particolare con riguardo alle funzioni di regulation delle autorità amministrative indipendenti”.



adottati, è in grado di compensare il deficit di legalità sostanziale⁷⁷. La funzione di garanzia perseguita dal principio di legalità, in senso sostanziale, viene assolta dalla legalità procedimentale⁷⁸.

La partecipazione può avvenire o mediante la consultazione pubblica degli organismi rappresentativi degli operatori economici interessati, oppure, nei soli casi di possibile incidenza nella sfera giuridica specifica di taluni operatori, mediante la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo ai sensi degli artt. 7 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, al fine sia di consentire alle parti interessate di svolgere le proprie difese nel procedimento e prevedere gli assetti finali della determinazione amministrativa sia di contribuire alla

definizione del contenuto del provvedimento.

La Consob è titolare, in particolare, di poteri di regolazione, di vigilanza, sanzionatori e di risoluzione alternativa delle controversie, così come disciplinati dal d.lgs. n. 58 del 1998.

In particolare, all'articolo 91, con riferimento alla vigilanza sugli emittenti, si precisa che la Consob esercita tali poteri avendo riguardo alla tutela *degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali*.

La Consob è altresì tenuta, al pari delle altre Autorità indipendenti, al rispetto delle norme sulla consultazione pubblica e sulla partecipazione procedimentale, in modo da assicurare il rispetto delle regole del contraddittorio, ai sensi dell'art. 23⁷⁹ della

⁷⁷La Corte costituzionale, nella sentenza n. 69 del 7 aprile 2017, ha affermato che occorre “*valorizzare le forme di legalità procedurale*”, poiché in tali settori “*la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle Autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti*”. Pertanto, la “*declinazione procedurale del principio di legalità*”, rappresenta “*un utile, ancorché parziale, complemento delle garanzie sostanziali*”.

⁷⁸ Il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, ha tuttavia precisato che “*la descritta funzione di “compensazione” non comporta un pieno recupero del fondamento democratico della legalità, in ragione della non omogeneità tra predeterminazione legislativa sostanziale delle regole e partecipazione procedimentale, ma assicura un maggiore livello di garanzie per il privato*”, rivolgendo un monito al legislatore affinché intervenga a disciplinare “*con misure più pregnanti, modulate alla luce della materia regolata, anche i settori di competenza delle Autorità indipendenti per ridurre l'ambito di operatività dei poteri impliciti e assicurare una più certa compatibilità costituzionale*”.

⁷⁹ Si veda in tal senso l'art. 23 della legge n. 262 del 28 dicembre 2005, a mente del quale i poteri della Consob, *aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui verte, nonché tali atti devono essere accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori*. La Consob deve ispirare la sua azione al principio di proporzionalità, *inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari*. A tal fine deve consultare gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori. Sul punto si veda TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos Le attualità del diritto*, n. 5/2017, che mette in luce come “questa disposizione codifica un principio generale, destinato a guidare le autorità indipendenti nella determinazione del contenuto degli “atti di regolazione generale”. Si tratta del “principio di proporzionalità”, che viene definito come “criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento

legge n. 262 del 28 dicembre 2005 e dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

Soluzione

Nel caso di specie, la Consob ha esercitato un potere non pienamente riconducibile alle categorie tradizionali. Pertanto, è necessario indagare la natura di tale potere e il suo fondamento sostanziale e procedimentale.

La Consob ha configurato la partecipazione

del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari". Il legislatore impone dunque alle autorità indipendenti un vincolo, nell'esercizio delle rispettive potestà normative, rappresentato dal "minor sacrificio possibile" degli interessi dei destinatari. Ed è a questo scopo che è imposta la consultazione degli "organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori". (...) Dall'esame dell'art. 23 l. n. 262/2005 emerge un ulteriore accrescimento dell'autonomia normativa delle autorità indipendenti le quali sono chiamate a regolamentare anche le modalità mediante le quali poter raggiungere l'obiettivo della "apertura" dei procedimenti normativi di loro competenza. Sembra così emergere dalla legislazione nazionale un orientamento (non a limitare, bensì) a rafforzare la potestà normativa delle autorità indipendenti, da un lato imponendo la tendenza verso la predisposizione di formule partecipative volte ad assicurare un ampio ed incisivo coinvolgimento nel relativo processo decisionale dei soggetti destinatari dell'attività di regolazione e, dall'altro lato, prevedendo strumenti (revisione periodica, drafting, analisi dell'impatto della regolamentazione, ecc.) finalizzati al miglioramento della qualità degli atti normativi delle autorità con riguardo all'adeguatezza degli stessi alle esigenze concrete da regolare. E se la partecipazione degli interessati assicura ai processi decisionali una "adeguata ponderazione", l'analisi di impatto della regolazione (Air) impone alle autorità indipendenti una "valutazione ex ante" dei possibili effetti dell'atto normativo in corso di adozione, con riguardo ai concreti interessi regolati (ad esempio in termini di costi/benefici su cittadini, amministrazione pubblica ed imprese)".

della Vivendi in Telecom come rapporto di controllo di fatto ai sensi degli artt. 2359 c.c. e 93 del D.lgs. n. 58 del 1998, alla luce della nozione di controllo di fatto fornita dall'Autorità, secondo cui il controllo si risolve nella concreta capacità di determinare gli esiti assembleari mediante la concomitanza di una serie di elementi fattuali, quali la frammentazione dell'azionariato, il meccanismo di voti di lista, la prassi degli investitori istituzionali di presentare liste corte di minoranza.

Si è trattato, pertanto, di un potere di accertamento del rapporto di controllo tra le due società, che occorre qualificare giuridicamente.

Si tratta di un potere di regolazione con funzione di accertamento degli specifici rapporti societari tra Telecom e Vivendi che elimina una incertezza giuridica che aveva dato anche luogo a conflitti di posizione tra gli stessi organi interni a Telecom. Tale potere, in ragione soprattutto dell'incidenza su rapporti di durata, sottoposti, per natura, a modifiche per cambiamenti interni alla compagine societaria, può essere oggetto sia di una successiva revisione da parte della stessa Autorità sia di una successiva contestazione da parte delle società stesse, con onere di queste ultime di dimostrare gli eventuali cambiamenti dei rapporti sottostanti. In questa prospettiva, l'esercizio di tale potere assolve anche ad una funzione di etero-composizione di una possibile lite e, quindi, presenta, in parte, caratteristiche analoghe a quelle proprie degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie.

Altresì, si tratta di un potere di regolazione con funzione di accertamento della nozione



di controllo societario rilevante anche per gli altri operatori economici del mercato finanziario. Viene in rilievo, infatti, una nozione idonea a fornire indirizzi generali ai suddetti operatori in ordine al modo in cui l'Autorità intende tale nozione nel settore in cui essi svolgono attività di impresa.

Pertanto, tale potere, così come configurato, è strumentale al perseguimento dello scopo finale per il quale il potere primario è stato attribuito, ossia quello di assicurare il corretto funzionamento del mercato finanziario e l'interesse generale degli investitori e dei risparmiatori.

In relazione al fondamento legale sostanziale del potere in esame, non può ritenersi che le norme richiamate dal provvedimento impugnato di disciplina del controllo societario costituiscano la base legale espressa, in quanto, da un lato, l'art. 2359 c.c. è una disposizione generale di mera definizione della nozione di controllo, dall'altro, l'art. 2391-bis e il Regolamento Consob, pur avendo un contenuto puntuale, presuppongono, per la loro concreta applicazione, non solo che vi sia il requisito di controllo da essi definito ma anche che ricorra una specifica operazione con una parte correlata, da intendersi come qualunque trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto che tale potere, alla luce di una interpretazione sistematica, trovi la sua base legale nel potere primario di carattere regolatorio attribuito alla Consob. È un potere implicito in senso lato, giacché, evidenzia il Consiglio di Stato, *“non si è trattato di un potere strumentale ad altro potere ma di una funzione di*

accertamento desumibile dall'intero impianto normativo e dalla stessa funzione generale che il legislatore ha inteso assegnare alla Consob”.

Si tratta di verificare ora se, per come ricostruiti i poteri cd. impliciti, la legalità procedimentale sia stata assicurata, rendendo effettiva quella esigenza di tutela carente sul piano sostanziale.

Nella specie, le regole di partecipazione, pur avendo avuto la Consob una interlocuzione con le parti del rapporto giuridico, risultano essere violate⁸⁰.

In particolare, si ha riguardo alle norme relative alla consultazione pubblica e alla partecipazione al procedimento.

Con riguardo alla consultazione pubblica, la Consob avrebbe dovuto prevedere il coinvolgimento degli organismi rappresentativi soltanto relativamente agli

⁸⁰ Sul tema si veda TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos Le attualità del diritto*, n. 5/2017, che mette in luce come “la dottrina non ha mancato di elencare i molteplici vantaggi arrecati da forme di consultazione preventiva: dalla possibilità, per le autorità di regolazione, di avere a disposizione anche visioni alternative in determinate questioni, a quella di potersi avvalere dell'expertise anche dei soggetti destinatari della regolazione, dall'ampliamento delle informazioni di cui l'autorità può disporre alla possibilità di una più precisa definizione dell'impatto potenziale della (proposta) regolazione. Al tempo stesso è stato evidenziato (anche dalla prassi) che tali forme procedurali finiscono (o possono finire per) per rallentare (a volte eccessivamente) l'attività di regolazione (e questa è una critica che sorge periodicamente da varie parti anche della dottrina), ma l'esperienza dimostra parimenti che l'adozione di atti regolatori preventivamente ed ampiamente negoziati ha (proporzionalmente) maggiori probabilità di “successo” in termini di accettazione e condivisione delle scelte di merito adottate e quindi di effettiva applicazione dell'atto regolatorio”.

aspetti di regolazione che attengono alla interpretazione della nozione di controllo societario in quanto essa è idonea a fornire indirizzi generali agli operatori economici del mercato finanziario. In questa fase le modalità procedurali devono essere tali da escludere atti e documenti contenenti dati coperti da riservatezza commerciale relativi agli specifici rapporti tra Vivendi e Telecom. Con riguardo alla partecipazione procedimentale delle società appellanti, la Consob avrebbe dovuto dare formale avvio a un procedimento specificamente finalizzato all'esercizio della funzione di regolazione dichiarativa del rapporto controverso per assicurare l'esercizio dei diritti di partecipazione.

Si tratta di un coinvolgimento delle parti necessario per garantire un contraddittorio procedimentale in funzione collaborativa e difensiva che, nella specie, dovendo colmare le lacune sostanziali della legge, assume valenza ancora più accentuata⁸¹.

In particolare, l'oggetto del confronto dialettico nel procedimento avrebbe dovuto non soltanto investire la stessa nozione di controllo di fatto civilistico, ma altresì l'indagine sulla effettiva influenza esercitata dalla Vivendi in Telecom, al fine di consentire una partecipazione difensiva

effettiva⁸².

Non avendo la Consob assicurato le suddette garanzie partecipative⁸³, il

⁸² In questo senso TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos Le attualità del diritto*, n. 5/2017. «Infatti netta è l'affermazione in giurisprudenza dell'esigenza del rispetto del giusto procedimento e della partecipazione al medesimo e della motivazione degli atti dell'autorità. Fondamentale, in questa direzione, è stata proprio la giurisprudenza del Consiglio di Stato il quale ha affermato che è proprio la garanzia della trasparenza, che si ottiene attraverso procedimenti partecipati da tutti i soggetti interessati e attraverso l'adozione di atti adeguatamente motivati in merito alle scelte adottate, a giustificare l'esercizio di poteri regolatori da parte delle autorità amministrative indipendenti, altrimenti «poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del criterio di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost.» e per le quali lo «strumento di partecipazione dei soggetti interessati» è sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative» (Cons. Stato, VI, n. 2201/06) e «costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare», giacché le regole di «formazione amministrativa» dell'autorità indipendente «provocano una caduta della “legalità sostanziale”, che viene compensata con un rafforzamento della “legalità procedurale” sotto forma di garanzie del contraddittorio». Per il Consiglio di Stato dunque la funzione di regolazione impone il rispetto di un procedimento “aperto”, il quale – a sua volta – viene a legittimare anche il potere normativo delle autorità indipendenti. Infatti «quanto meno è garantita la legalità sostanziale, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un rilevante impatto sull'assetto del mercato»».

⁸³ Si veda TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, in *Nomos Le attualità del diritto*, n. 5/2017, che evidenzia “nei procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità indipendenti, e destinati

⁸¹ La sentenza del primo giudice va censurata nella parte in cui statuisce che la non necessità della partecipazione potrebbe desumersi dall'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990. Evidenzia il Consiglio di Stato che “tale norma ha previsto in generale una “dequotazione della legalità procedimentale” ma quando vengono in gioco poteri impliciti si deve realizzare un rafforzamento di tale legalità per compensare la “dequotazione della legalità sostanziale”».



Consiglio di Stato ha annullato il provvedimento impugnato, facendo salvo il riesercizio del potere, trattandosi di una funzione di regolazione dichiarativa, purché ciò avvenga nel rispetto delle prescrizioni conformative fornite dalla sentenza in esame, con conseguente necessità di rispettare, secondo le modalità e i limiti indicati, le regole di consultazione e di partecipazione.

all'adozione di atti normativi, il principio del giusto procedimento e più specificamente il principio del contraddittorio vengono a svolgere il ruolo di “elemento indefettibile”. Ed in particolare proprio il principio del contraddittorio deve essere garantito in tutte le fasi del procedimento di formazione dell'atto regolamentare e pertanto l'autorità indipendente deve rendere espliciti, prima dell'adozione della decisione definitiva, “i presupposti e le finalità che giustificano l'intervento pubblico di regolazione” e, dopo tale illustrazione, l'autorità deve sottoporre alla consultazione preventiva dei soggetti interessati la versione dell'atto normativo che intende adottare, affinché i soggetti interessati possano “contribuire o essere messi nelle condizioni di partecipare alla formazione della regola, della quale risulteranno i destinatari”. Infine ricade sull'autorità di regolazione l'onere di corredare la decisione finale “con idonea motivazione che si soffermi esplicitamente anche con riguardo alle osservazioni presentate nel corso della consultazione preventiva”. Nella tutela di questi distinti, ma connessi, passaggi (illustrazione dei presupposti e delle finalità che giustificano l'intervento normativo dell'autorità indipendente; consultazione preventiva degli interessati sul progetto dell'atto finale; motivazione dell'atto finale che si esprime anche con riguardo alle osservazioni presentate nelle fasi precedenti) trova reale affermazione il principio del contraddittorio che può così esplicitare la sua funzione di “correttivo del deficit di legittimazione democratica” delle autorità indipendenti grazie alla “legalità procedurale” che riesce ad assicurare e che consente di “recuperare” quella perdita di “legalità sostanziale”.



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 09.01.2020

La revoca dell'apertura di credito e la buona fede esecutiva

#buonafede #aperturadicredito #revoca

Corte di Cassazione, sez. I civile, Ordinanza n. 29317 del 22.12.2020

1 - Al correntista che aveva ripetutamente sforato l'apertura di credito concessa, la banca ha revocato l'apertura di credito dopo averlo diffidato a saldare il debito entro dieci giorni.

In primo grado, il correntista si era visto riconoscere un risarcimento per la revoca, ritenuta contraria a buona fede; tale interpretazione era stata, invece, ribaltata dalla Corte d'Appello che ha ritenuto legittima la revoca.

La Corte di Cassazione, nel confermare la Sentenza d'appello, effettua alcune interessanti puntualizzazioni.

2 – La Sezione rammenta, nell'esaminare la domanda sulla violazione della buona fede contrattuale, che l'obbligo di buona fede è definito da una norma "elastica" che indica, cioè, solo un parametro generale che richiede, da parte del giudice, "un'attività di

integrazione giuridica della norma, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico-sociale". In tali casi, la censurabilità in cassazione di tali giudizi è ammessa solo quando gli stessi si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento (espressi dalla giurisdizione di legittimità) e con quegli "standard" valutativi esistenti nella realtà sociale che, concorrendo con detti principi, compongono il diritto vivente. In particolare, qualora la fattispecie sia idonea a fungere da modello generale di comportamento in una serie indeterminata di casi analoghi, "l^a si ravvisa allora un giudizio di diritto e la necessità dell'intervento nomofilattico della Cassazione, al fine di garantire la prevedibilità delle future decisioni, posto che si tratta d'integrare il contenuto della norma indeterminata o della clausola generale predetta".

Il caso specifico, evocativo di un criterio generale di interpretazione dell'obbligo di buona fede, rientra, quindi, nel giudizio di diritto affidato alla Corte di Cassazione.

3 – La questione viene, allora, esaminata dalla Corte che ribadisce l'applicazione, al caso di specie, del terzo comma dell'art. 1845 c.c. secondo cui "se l'apertura di credito è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può

recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni". Il dettato della norma non impedisce che il recesso – qualora assuma connotati del tutto arbitrati e imprevisi – sia giudicato contrario alla cd. buona fede esecutiva ex art. 1375 e 1175 cod. civ., ma determina che cada in capo al debitore l'onere della prova delle circostanze che renderebbero il recesso contrario a buona fede; l'istituto bancario può legittimamente recedere, invece, limitandosi a richiamare il disposto dell'art. 1845 co. 3, cit.

Il debitore che agisce per far dichiarare l'arbitrarietà del recesso ha, quindi, l'onere di allegare l'irragionevolezza delle giustificazioni date dalla banca, dimostrando, ad esempio, la sufficienza della propria garanzia patrimoniale

Nel caso di specie, la Corte conclude nel senso che sia legittimo l'esercizio del diritto di recesso ad nutum dell'istituto di credito purché anticipato dalla comunicazione al cliente di un congruo preavviso, in quanto: a) tale facoltà è espressamente prevista dall'art. 1845 c.c.; b) la condotta negoziale della banca non viola il principio generale di buona fede esecutiva di cui all'art. 1375 cod. civ., in presenza di comportamenti

inaffidabili del debitore che ripetutamente ed in modo ingiustificato superi il limite di affidamento concesso dalla banca.

Neppure la condotta omissiva della banca – che in diverse occasioni precedenti non abbia contestato lo sfioramento - può essere intesa come autorizzazione ad un innalzamento del limite dell'apertura di credito; un simile contegno va inteso quale mera tolleranza, in attesa del corretto adempimento da parte del correntista dell'obbligo di rientrare dall'esposizione debitoria non autorizzata.

L'indennizzo ex L. 122/2016 è una prestazione stabilita dalla legge, come effetto dell'attuazione di obblighi derivanti dalla partecipazione dello Stato all'Unione europea; *“dunque, una obbligazione ex lege, da assolversi nei confronti degli aventi diritto, individuati dalla stessa disciplina di fonte legale e che prescinde dalla ricorrenza degli elementi costitutivi dell'illecito il quale, nel sistema della responsabilità civile, sia di fonte contrattuale, che aquiliana, si pone come indefettibile presupposto per la liquidazione del danno, ossia delle conseguenze pregiudizievoli da esso scaturenti (cfr. anche Cass., 4 novembre 2020, n. 24474)”*.

L'obbligazione risarcitoria per mancato recepimento di una direttiva, invece, intende ristorare i danni per omessa o tardiva trasposizione di direttiva non autoesecutiva da parte del legislatore italiano nel termine prescritto dalla direttiva stessa; tale



obbligazione rientra nello schema della responsabilità contrattuale per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato (quest'ultima di natura indennitaria, nel senso che la direttiva imponeva un obbligo di introdurre l'indennizzo). Si tratta, quindi, di un'obbligazione derivante da un illecito costituito dal comportamento omissivo dello Stato anche sul piano dell'ordinamento interno, che va inquadrata nella figura della responsabilità "contrattuale", in quanto nascente non dal fatto illecito di cui all'art. 2043 c.c., bensì da un illecito *ex contractu* e cioè dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente.

L'indennizzo, poi, riconosciuto a opera della L. n. 122/2016, quindi, non si identifica né con il risarcimento, sebbene costituisca un importante parametro per la quantificazione del medesimo, né con il risarcimento spettante astrattamente alla vittima del reato da parte dei suoi esecutori. La stessa Corte di Giustizia, infatti, ha riconosciuto che l'indennizzo possa essere minore del risarcimento, ma anche che, come stabilito dal sesto considerando della direttiva in esame, esso debba essere equo e adeguato alle lesioni subite.

Dunque, la discrezionalità legislativa, pur significativa, deve comunque essere necessariamente orientata dai criteri di "equità" e "adeguatezza". La Corte ha interpellato la C.G.U.E. anche sull'adeguatezza dell'indennizzo forfettario stabilito dalla menzionata legge e la Corte,

con la menzionata Sentenza del 16.7.2020, ha stabilito che l'indennizzo può ben essere calcolato forfettariamente ma anche che esso non può essere 'puramente simbolico o manifestamente insufficiente alla luce della gravità delle conseguenze del reato' intenzionale violento, dovendo rappresentare un valido contributo al ristoro del danno materiale e morale subito dalle vittime. Lo Stato membro che opti per il regime forfettario di indennizzo, perciò, *“deve provvedere affinché la misura degli indennizzi sia sufficientemente dettagliata, così da evitare che l'indennizzo forfettario previsto per un determinato tipo di violenza possa rivelarsi, alla luce delle circostanze di un caso particolare, manifestamente insufficiente”*. La C.G.U.E. ha concluso che *“fatta salva la verifica da parte del giudice del rinvio, un importo forfettario -determinato in un primo momento in euro 4.800,00 - per l'indennizzo della vittima di violenza sessuale non sembra corrispondere, prima facie, a un “indennizzo equo e adeguato” come richiesto dalla direttiva.*

La compensatio lucri cum danno tra indennizzo e risarcimento

Dopo aver liquidato equitativamente il danno rapportandosi al doveroso (per lo Stato) indennizzo “equo e adeguato”, la Corte apre alla operatività della *“compensatio lucri cum danno”* in quanto l'indennizzo ottenuto dalla vittima del reato è stato, all'esito della riparametrazione operata con successivo D.M., erogato nella somma di 25.000,00 euro.

Dal risarcimento del danno (quantificato in 50.000,00 euro) viene, quindi, detratta la somma ricevuta a titolo di indennizzo e ciò in quanto, da un lato, viene accertato il nesso causale tra fatto illecito e beneficio, e dall'altro, si ritiene positivamente riscontrata la condizione per cui vi sarebbe coincidenza tra le ragioni giustificatrici dell'indennizzo e del risarcimento: i due rimedi concorrono a un'analogia funzione ripristinatoria.

In particolare, la Corte richiama il proprio

indirizzo per cui *“nell'ipotesi in cui, pur in presenza di titoli differenti (indennizzo e risarcimento), vi sia unicità del soggetto responsabile del fatto illecito fonte di danni ed al contempo obbligato a corrispondere al danneggiato una provvidenza indennitaria (...) vale la regola del diffalco, dall'ammontare del risarcimento del danno, della posta indennitaria avente una cospirante finalità compensativa”*.

Penale

La pillola di diritto del 25.01.2021

La falsificazione dell'ISEE per ottenere il reddito di cittadinanza

#falsedichiarazioni #ISEE
#redditodicittadinanza #640biscp #truffa

Corte di Cassazione, sez. II penale, Sentenza n. 2402 del 20.01.2021

1 - Com'è sanzionabile chi, nella domanda per ottenere il reddito di cittadinanza, produce un modello ISEE privo delle necessarie indicazioni sulle proprietà immobiliari possedute?

La Sentenza in commento chiarisce, in primo luogo, che la sanzione penale si applica a prescindere dalla ricorrenza o meno delle condizioni per ottenere il beneficio sol che si renda una dichiarazione falsa.

La prima parte della Sentenza chiarisce le condizioni necessarie a configurare il reato di cui all'art. 7 D.L. n. 4/2019 (conv. con L. n. 26/2019) ("1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di ottenere indebitamente il beneficio di cui all'articolo 3, rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute, è punito con la reclusione da due a sei anni. 2. L'omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della

riduzione del beneficio entro i termini di cui all'articolo 3, commi 8, ultimo periodo, 9 e 11, è punita con la reclusione da uno a tre anni").

Ebbene, le due fattispecie - la prima delle quali caratterizzata dal dolo specifico - sono reati di condotta e di pericolo, che richiamano il generale "principio antielusivo" che s'incardina sulla capacità contributiva ai sensi dell'art. 53 Costituzione nonché sul dovere di lealtà dei cittadini verso l'amministrazione. Il principio antielusivo consente, appunto, l'anticipazione della tutela penale attraverso l'utilizzazione dello strumento del reato di pericolo.

"Tale essendo la ratio delle due fattispecie incriminatrici dell'art. 7 del dl. n. 4 del 2019, deve ritenersi che le stesse trovino applicazione indipendentemente dall'accertamento dell'effettiva sussistenza delle condizioni per l'ammissione al beneficio e, in particolare, del superamento delle soglie di legge".

Le locuzioni riportate nella fattispecie incriminatrice che fanno riferimento al beneficio (al primo comma: "al fine di ottenere indebitamente il beneficio"; al secondo comma: alle "informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio") non implicano il riferimento alle condizioni economiche per ottenerlo, ma si limitano a qualificare i dati che rilevano ai fini del controllo sulla sussistenza dei presupposti per la concessione e il mantenimento del reddito di cittadinanza così differenziandoli

da quelli irrilevanti, senza che possa essere lasciata al cittadino beneficiario la scelta su cosa comunicare e cosa omettere.

2 – Nella seconda parte, la Sentenza rammenta i presupposti necessari affinché ricorra la fattispecie incriminatrice dell'art. 640 bis c.p. (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) anziché quella dell'art. 316 ter c.p. (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato).

La Corte, in particolare, individua nella “fraudolenza” della condotta la differenza tra le due figure delittuose e chiarisce che qualora sussistano artifici e raggiri, induzione in errore e ingiusto profitto sarà configurabile la più grave fattispecie di cui all'art. 640 bis c.p.

Da rimarcare che la Corte ritiene che la dichiarazione di una consistenza immobiliare diversa da quella reale integri - quale condotta violativa degli obblighi di lealtà sottesi alla disciplina del reddito di cittadinanza - gli “artifici e raggiri” tale da indurre in errore la Pubblica amministrazione. Inoltre, la Sezione chiarisce che una simile condotta “*elusiva e non trasparente*” impedisce la concessione del reddito di cittadinanza di talché esso è da qualificare come “ingiusto profitto” quand’anche l’autore della condotta presenti i requisiti reddituali per ottenere il beneficio.

Amministrativo

La pillola di diritto del 18.01.2021

I poteri comunali nel regolare la rete 5G

#5g #ordinanzecontigibileurgenti #potericomunali

T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, Sent. n. 8 del 14.01.2021

1 - La Corte abruzzese interviene sulla nota questione dei limiti che incontra il potere di ordinanza sindacale di cui all'art. 50 co. 5 d.lgs. 267/2000 (TUEL) con particolare riferimento a un'ordinanza di un Sindaco che aveva vietato l'installazione di stazioni radiobase per la rete 5G sul territorio comunale e tanto *“in attesa della nuova classificazione della cancerogenesi annunciata dall'International Agency for Research on Cancer”*. Il T.A.R. principia il suo ragionamento dal testo della norma del TUEL menzionata che consente di adottare simili ordinanze per *“emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale”*.

Tali presupposti non sono ritenuti sussistenti nel caso di specie in quanto: a) il pericolo derivante dalla diffusione della tecnologia 5G non è effettivo né è scientificamente accertato; b) la problematica ha portata nazionale e non

localizzata al territorio comunale.

2 – Sebbene quanto appena affermato fosse già sufficiente ad annullare l'ordinanza, il Tribunale amministrativo rammenta che la fissazione dei valori soglia delle onde elettromagnetiche funzionali alle comunicazioni è di competenza statale come chiarito dalla Corte costituzionale (Sent. n. 307 del 07.10.2003⁸⁴: *“nella l. quadro 22 febbraio 2001 n. 36, la fissazione di valori soglia risponde oltre che alla “ratio” di protezione della salute della popolazione dagli effetti negativi delle emissioni elettromagnetiche, anche a quella di consentire, mediante la fissazione di soglie diverse in relazione ai tipi di esposizione ma uniformi sul territorio nazionale e la graduazione nel tempo degli obiettivi di qualità espressi come valori di campo, la realizzazione degli impianti e delle reti rispondenti a rilevanti interessi nazionali; la fissazione a livello nazionale dei valori soglia, non derogabili dalle regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta quindi il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle*

⁸⁴ La Sentenza ha anche stabilito l'importante principio secondo cui: la tutela dell'ambiente, che l'art. 117 comma 2 lett. s) cost., affida alla competenza esclusiva dello Stato, più che una materia in senso stretto, rappresenta un compito nell'esercizio del quale lo Stato conserva il potere di dettare standard di protezione uniformi validi in tutte le regioni e non derogabili da queste, senza che ciò comporti l'esclusione della possibilità che leggi regionali, emanate nell'esercizio della potestà concorrente di cui all'art. 117 comma 3 cost., o di quella residuale di cui all'art. 117 comma 4, possano assumere fra i propri scopi anche finalità di tutela ambientale.

emissioni elettromagnetiche e di realizzare impianti necessari al Paese, nella logica per cui la competenza delle regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato).

Non è escluso, peraltro, che le regioni e gli enti territoriali possano adottare “*discipline localizzative e territoriali*” da intendersi quali atti volti a “*regolare l'uso del proprio territorio riprende vigore, purché criteri localizzativi e standard urbanistici rispettino le esigenze della pianificazione nazionale degli impianti e non siano tali da impedire od ostacolare ingiustificatamente l'insediamento degli stessi*”.

In questo senso, l'art. 8 co. 6, della legge 22 febbraio 2001, n. 36 (come sostituito dal comma 6 dell'art. 38 del Dl. 16 luglio 2020, n. 76) garantisce una competenza comunale, di natura urbanistica, statuendo che “*i Comuni possono adottare **un regolamento** per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico*” ma con espressa “*esclusione della possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia e,*

in ogni caso, di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato”.

3 – L'analisi della disciplina induce la Corte a considerare che i Comuni possono occuparsi della materia mediante atti regolamentari tipici (in quanto previsti dal menzionato art. 8 L. 36/2001) e non mediante ordinanze cd. “atipiche”; tali regolamenti sono volti a predisporre “*un razionale sistema di localizzazione degli impianti che compongono la rete infrastrutturale del servizio di telefonia mobile, anche a finalità di tutela ambientale*”, mentre non possono essere funzionalizzati per perseguire obiettivi ulteriori (tutela della salute pubblica) non previsti dalla normativa di riferimento.

Infine, il T.A.R. rammenta l'importanza dell'interesse pubblico “ad assicurare la capillare ed efficiente erogazione del servizio di telecomunicazioni sul territorio (Cons. Stato n. 2073/2017; Cons. di Stato n. 3679 del 21 maggio 2019) qualificato dalla normativa vigente di pubblica utilità ed il cui potenziamento è stato, peraltro, oggetto di recenti misure straordinarie ai sensi dell'art. 82 del d.l. n. 18/2020 (Decreto Cura Italia) e di segnalazione dell'AGCOM dell'1.7.2020, con la quale è stata rappresentata la necessità di rimuovere gli

ostacoli procedurali provenienti dagli enti locali rispetto alla diffusione del servizio in questione”.