

Feb/2017



CAMMINO DIRITTO

Rivista Giuridica

ISSN 2532-9871

Cammino Diritto (Periodico online)

DIRETTORE RESPONSABILE EDITOR-IN-CHIEF

Raffaele Giaquinto

VICE DIRETTORE MANAGING EDITOR

Alessio Giaquinto

CAPOREDATTORE ASSOCIATE EDITOR

Ilaria Ferrara

VICE CAPOREDATTORE ASSISTANT EDITOR

Giuseppe Ferlisi

Rivista
Giuridica

Indice dei contenuti

1. - LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
Rita Ciurca, pubblicazione mercoledì 1 febbraio 2017
2. - IL RAPPORTO DI CAUSALITÀ COME “SPINA DORSALE” DEL FATTO DI REATO: ASPETTI GENERALI E DISCIPLINA CODICISTICA.
Anna Villani, pubblicazione giovedì 2 febbraio 2017
3. - LA FATTISPECIE DELITTUOSA DEL REATO DI MINACCIA EX ART. 612 DEL CODICE PENALE.
Massimiliano Pace, pubblicazione venerdì 3 febbraio 2017
4. - L'OBBLIGO DI NOTIFICA AL GARANTE IN PRESENZA DI DATI IDONEI A RIVELARE LO STATO DI SALUTE O LA VITA SESSUALE.
Simona Iachelli, pubblicazione domenica 12 febbraio 2017
5. - L'ANNULLABILITÀ E L'AZIONE DI ANNULLAMENTO DEL CONTRATTO. LA CONVALIDA.
Pierluigi Montella, pubblicazione lunedì 13 febbraio 2017
6. - TIMOR EST C. AUSTRALIA: LUCI ED OMBRE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE, L'INIZIO DELLA FINE?
Luigimaria Riccardi, pubblicazione martedì 14 febbraio 2017
7. - IL PROCEDIMENTO EUROPEO PER LE CONTROVERSIE DI MODESTA ENTITÀ
Riccardo Bertini, pubblicazione giovedì 16 febbraio 2017
8. - LA PRESCRIZIONE DEL REATO E I CAMBI DI PROSPETTIVA SULLA SUA NATURA.
Stefania Tirella, pubblicazione venerdì 17 febbraio 2017
9. - GLI STRUMENTI DEFLATTIVI DEL CONTENZIOSO TRIBUTARIO
Daniela Mendola, pubblicazione sabato 18 febbraio 2017
10. - LA RIFORMA GELLI È LEGGE. ECCO COME CAMBIA LA RESPONSABILITÀ MEDICA.
Stefania Tirella, pubblicazione martedì 28 febbraio 2017

COMITATO SCIENTIFICO SCIENTIFIC COMMITTEE

Angela CUOFANO	<i>Avvocato</i>
Gaspare DALIA	<i>Ricercatore universitario</i>
Rosa MUGAVERO	<i>Ricercatore universitario</i>
Lucio ORLANDO	<i>Avvocato</i>
Andrea SENATORE	<i>Ricercatore universitario</i>
Saverio SETTI	<i>Of Counsel</i>

LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Responsabilità della P.A., tesi a confronto e rimedi esperibili.

Rita Ciurca - Pubblicazione, mercoledì 1 febbraio 2017

Redattore: Andrea Senatore

Sommario: 1. L'evoluzione nel riconoscimento della responsabilità della P.A.; 2. La natura della responsabilità della P.A.; 2.1. Responsabilità extracontrattuale; 2.2. Responsabilità contrattuale da "contatto sociale"; 2.3. Responsabilità precontrattuale; 2.4. Responsabilità *sui generis*; 3. Il risarcimento dei danni in forma specifica e per equivalente; 4. Questioni processuali; 4.1 Il riparto di giurisdizione; 4.2 La c.d. pregiudiziale amministrativa.

1. L'evoluzione nel riconoscimento della responsabilità della P.A.

Per molti anni nel nostro ordinamento era diffusa l'idea che la disciplina della responsabilità civile non fosse applicabile alla P.A. e la giurisprudenza per lungo tempo ha negato la possibilità di riconoscere tutela risarcitoria nell'ipotesi di lesione di interesse legittimo causata da un illegittimo uso del potere da parte della P.A. 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 c.d. concezione soggettiva dell'illecito aquiliano: in base ad essa, l'elemento dell'ingiustizia del danno, quale presupposto richiesto dall'art. 2043 c.c. per la risarcibilità dello stesso, andava inteso quale danno prodotto *non iure e contra ius*; quanto a quest'ultima connotazione, in particolare, si sosteneva che l'ingiustizia del danno richiedesse la lesione di una situazione soggettiva prevista e tutelata dall'ordinamento nelle forme del diritto soggettivo perfetto.

L'argomento processuale, invece, faceva leva sulla struttura bifasica del sistema di giustizia amministrativa allora vigente, in forza del quale pur riconoscendosi in capo al g.o. il potere di condannare al risarcimento, esso era ritenuto, in applicazione del criterio

della causa petendi, privo di giurisdizione a fronte di una richiesta di risarcimento da lesione di interesse legittimo; dall'altra parte pur essendo il g.a. munito della giurisdizione in merito alla cognizione dell'interesse legittimo, esso era privo del potere di condannare al risarcimento del danno.

Tuttavia **lentamente iniziò a farsi strada l'idea che la P.A. non poteva sottrarsi alla responsabilità civile** nei casi in cui non agisse con l'esercizio dei suoi poteri pubblici autoritativi ma ponesse in essere, così come i soggetti privati, delle semplici condotte materiali o utilizzi le sue capacità di diritto privato.

Si iniziarono a registrare passi di apertura anche grazie alle disposizioni di diritto comunitario in materia di ricorsi nelle procedure di appalto. In tal senso l'art. 13, l. 142/1992, stabilì, nello specifico settore degli appalti, la ristorabilità della violazione di posizioni (ritenute dai più di interesse legittimo) patite dai soggetti che avessero subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici e delle relative norme interne di recepimento. Ciò, tuttavia, senza incidere sul sistema bifasico di doppia tutela e limitatamente agli appalti c.d. "soprasoglia".

Sul versante giurisprudenziale si assisteva alla risarcibilità degli interessi legittimi oppositivi sulla base della teoria dell'affievolimento e la conseguente loro riconduzione a posizioni di diritto soggettivo. In particolare nel caso dell'atto ablatorio che incideva illegittimamente il diritto originario di proprietà del privato, comportandone l'affievolimento e/o la degradazione a mero interesse legittimo.

Pertanto il soggetto danneggiato doveva prima impugnare l'atto innanzi al g.a. e poi una volta ottenuto l'annullamento richiedere al g.o. il risarcimento del diritto ingiustamente affievolito che era riemerso in seguito all'eliminazione retroattiva dell'atto.

Il momento di svolta si ebbe con la famosa decisione n. 500 del 1999 delle SS.UU. civili della Corte di Cassazione (1) che provvide a ribaltare l'orientamento tradizionale che negava la risarcibilità degli interessi legittimi.

Il nuovo approdo venne raggiunto grazie ad un'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 P.A. Di conseguenza **le SS.UU. riconoscono all'art. 2043 c.c. il valore di clausola generale primaria** che attribuisce il diritto al risarcimento del danno ogni volta che è cagionato un "danno ingiusto", inteso come lesione di qualsiasi interesse al quale l'ordinamento attribuisce rilevanza (e non quindi solo lesione di un diritto soggettivo) e da mettere in

comparazione con il contrario interesse vantato dal danneggiante.

La Corte specifica, altresì, che la lesione dell'interesse legittimo non è sufficiente a riconoscere il risarcimento, essendo necessario che ricorrano tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, dell'illecito.

La Corte, inoltre, riconosciuta la natura spiccatamente sostanziale dell'interesse legittimo, avverte come per il suo risarcimento sia necessario che risulti leso l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo effettivamente si correla e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. Pertanto si impone, secondo la Corte, la necessità di differenziare le ipotesi di interessi legittimi oppositivi da quelle di interessi legittimi pretensivi, in quanto mentre i primi soddisfano istanze di conservazione della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto, i secondi le istanze di sviluppo di tale sfera giuridica: mentre per i primi l'illegittimità del provvedimento determina, per così dire, in re ipsa l'ingiustizia del danno, per i secondi è necessario passare attraverso il giudizio di spettanza del bene della vita.

2. La natura della responsabilità della P.A.

Una volta individuate le situazioni giuridiche soggettive la cui lesione configura responsabilità della P.A., soffermandosi sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura giuridica della responsabilità in questione, occorre evidenziare che, nel corso del tempo, è stata sussunta nei seguenti paradigmi:

- responsabilità extracontrattuale;
- responsabilità contrattuale per inadempimento degli obblighi nascenti da un “contatto qualificato”;
- responsabilità precontrattuale
- responsabilità *sui generis* che di volta in volta assume le peculiarità proprie dell'una o dell'altra forma di responsabilità conosciuta nel diritto civile.

2.1 Responsabilità extracontrattuale

Una delle prime posizioni emerse in seno al dibattito sulla natura giuridica della responsabilità della P.A. è quella volta a configurarla come responsabilità aquilana di cui all'art. 2043 c.c.

Con la sentenza n. 500 si è riconosciuto che la qualificazione formale della posizione giuridica, ovvero la circostanza che il soggetto danneggiato vanti la titolarità di un diritto o di un interesse legittimo, non è più dirimente al fine della concessione del risarcimento del danno.

L'art. 2043 c.c. contiene una clausola generale e atipica la quale è volta a proteggere tutti gli interessi giuridici meritevoli di tutela per l'ordinamento, spettando, dunque al giudice, comparare i diversi interessi in conflitto. L'elemento oggettivo si configura, pertanto, in presenza di una violazione di legge che risulti lesiva dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla e che ovviamente tale interesse risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

Con l'introduzione dell'art. 30 nel codice del processo amministrativo sembra che si sia chiaramente inquadrata tale responsabilità della P.A. per l'esercizio illegittimo della funzione amministrativa **nella sfera della responsabilità aquilana di cui all'art. 2043 c.c.**

Il legislatore ha accolto l'impostazione espressa dalle Sezioni Unite, le quali hanno sostenuto che al fine di identificare la sussistenza di un illecito della P.A., il giudice dovrà verificare se sussistono vari elementi quali, l'elemento oggettivo, corrispondente ad un danno ingiusto; il nesso di causalità ossia se l'evento dannoso sia riferibile ad una condotta della P.A. e infine un elemento soggettivo, ovvero se l'evento dannoso sia imputabile a titolo di dolo o di colpa alla P.A.

2.2 Responsabilità contrattuale da “contatto sociale”

Successivamente, alla luce delle recenti evoluzioni dell'ordinamento, si è fatto strada un nuovo modello tra gli interpreti ovvero quella della responsabilità da contatto qualificato tra privato e P.A. con l'avvio del procedimento amministrativo. Secondo tale dottrina minoritaria, infatti, il rapporto che lega il cittadino privato con la P.A. trova la propria rilevanza e disciplina generale nella l. 241 del 1990 nella quale sono numerose le fattispecie di contatto qualificato tra il privato e l'amministrazione. Conseguentemente l'estraneità del soggetto danneggiante e il soggetto danneggiato, elemento caratteristico della responsabilità extracontrattuale, non è possibile ravvisarla quando l'amministrazione danneggiante e il privato danneggiato sono entrambi parti di uno stesso procedimento amministrativo. Infatti il rapporto che si instaura tra privato e P.A. nell'ambito del procedimento, è stato accostato a quello che la dottrina civilistica

definisce rapporto senza obbligo primario di prestazione, ma con obblighi di protezione della sfera giuridica della controparte. **La fonte** di questi obblighi è **da individuarsi nell'art. 1173 c.c.** che sancisce il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni rinviando ad ogni atto o fatto idoneo secondo l'ordinamento.

A questa tesi sono state mosse varie critiche: secondo una prima posizione l'accoglimento della natura contrattuale della responsabilità de qua rischierebbe di aprire la strada alla tutela risarcitoria a prescindere dalla sussistenza della colpa e dello stesso danno; in secondo luogo la tesi della responsabilità contrattuale comporterebbe la possibilità di concedere il risarcimento del danno a prescindere dalla spettanza del bene della vita al quale si correla l'interesse legittimo. Il danno, infatti, consisterebbe nel semplice adempimento agli oboli sorti da una contatto amministrativo qualificato comportando un automatismo che avrebbe finito per dare maggiore importanza alla pretese partecipative piuttosto che agli interessi sostanziali.

2.3 Responsabilità precontrattuale

Nel dibattito sulla natura della responsabilità della P.A. si è fatto spazio, altresì, la tesi che ammette in capo alla P.A. una forma di responsabilità precontrattuale (2).

Per responsabilità precontrattuale si intende quella forma di responsabilità che si verifica qualora le parti, in sede di trattative, agiscono in violazione al principio di buona fede (art. 1337 c.c.), ponendo in essere trattative non serie o recedendo dalle stesse senza giustificato motivo.

Il principio di buona fede costituisce il fondamento del legittimo affidamento, poiché l'esigenza di tutelare la fiducia posta nel comportamento altrui poggia sulle regole di correttezza e di buona fede che gravano su tutti i consociati e specie tra le parti di un rapporto giuridico. I doveri di correttezza e buona fede (oggettiva), infatti, impongono di tener conto dell'aspettativa altrui (buona fede soggettiva) generata dal proprio comportamento. Di conseguenza **è stata astrattamente riconosciuta la soggezione dall'amministrazione ai principi di correttezza e buona fede nel corso delle trattative contrattuali**. 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.).

Sulla responsabilità precontrattuale un importante chiarimento ci viene fornito dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 2005.

Il Supremo Consesso della giustizia amministrativa chiarisce al riguardo che è sempre necessario distinguere la serie pubblicistica degli atti adottati dalla P.A. rispetto a quella privatistica dei comportamenti tenuti dalla stessa.

Qualora nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica la P.A. adotta atti illegittimi, la tutela riconosciuta al privato sarà sicuramente quella dell'annullamento dell'atto illegittimo con il conseguente risarcimento danno, qualora, invece la serie pubblicistica degli atti è legittima, si può verificare il caso che la P.A. abbia tenuto un comportamento, sotto il profilo privatistico, lesivo del dovere di comportarsi secondo buona fede, quindi nonostante gli atti adottati siano legittimi la P.A. potrà astrattamente rispondere di responsabilità precontrattuale.

2.4 Responsabilità *sui generis*

In dottrina si è anche avanzata l'idea che la responsabilità della P.A. avesse carattere *sui generis*, destinata a partecipare di volta in volta delle peculiarità proprie dell'una e dell'altra delle forme di responsabilità conosciute nel diritto civile (3). In particolare, secondo tale impostazione, l'esercizio del potere autoritativo non sarebbe ascrivibile a priori alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, caratterizzato da diritti ed obblighi reciproci né, tantomeno, nella condotta di chi cagiona un danno ingiusto in violazione del generale principio del *neminem laedere*. Secondo tale tesi, infatti, il giudice amministrativo deve di volta in volta accertare la condotta del soggetti coinvolti nel procedimento. Ovviamente la critica più incidente mossa a tale 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. Il risarcimento dei danni in forma specifica e per equivalente

Una volta riconosciuta la responsabilità in capo alla P.A., **la legge prevede diverse forme di riparazione**. In particolare l'art.7, co. 3, l. n. 1034 del 1971 faceva riferimento al risarcimento per equivalente e alla reintegrazione in forma specifica.

Parimenti, oggi, l'art. 30 c.p.a. afferma che “*può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria*”, aggiungendo che

“sussistendo i presupposti previsti dall’art. 2058 c.c., può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica”.

In primo luogo l’art. 1223 c.c. nell’individuare le due componenti del danno emergente e del lucro cessante si atteggia a norma generale in materia di quantificazione del danno, il principio di riparazione integrale assume rilievo anche in materia di illecito aquiliano, atteso l’espreso richiamo all’art. 1223 c.c. operato dall’art. 2056 c.c.

I danni riparabili sono anche quelli che siano stati conseguenza mediata ed indiretta, purchè si presentino come effetto normale del fatto illecito. Le difficoltà di quantificazione del danno conseguente all’attività amministrativa porta a prevedere un uso massiccio della tecnica equitativa di liquidazione dello stesso. Quanto all’art. 1227 c.c., una questione molto discussa in passato aveva riguardato la possibilità di ricondurre all’ordinaria diligenza richiesta al danneggiato/creditore dal co. 2 al fine di evitare il danno o il suo aggravarsi, anche la proposizione dello strumento impugnatorio. L’opinione prevalente dava risposta negativa, in quanto individuava come limite all’attività dovuta dal danneggiato l’apprezzabile sacrificio. E tale doveva essere ritenuta la domanda giurisdizionale, dispendiosa e dall’esito incerto, come tale integrante una mera facoltà.

Sul punto ha innovato l’art. 30, co. 3, c.p.a., il quale, al momento di determinare i criteri cui si deve attenere il giudice nella quantificazione del danno, facendo un implicito richiamo all’art. 1227, co. 2, c.c., esclude la risarcibilità dei danni *“che si sarebbero potuti evitare usando l’ordinaria diligenza, anche attraverso l’esperimento degli strumenti di tutela previsti”.*

Sulla norma la giurisprudenza amministrativa si è pronunciata ritenendola espressione del canone di buona fede e del principio costituzionale di solidarietà, come tale evincibile anche da una interpretazione evolutiva dello stesso art. 1227, co. 2, c.c. e quindi applicabile anche a fattispecie pregresse.

Per quanto riguarda l’altra forma di ristoro ovvero il risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica può essere riconosciuto al privato in presenza di determinati presupposti. In particolare, la possibilità (da intendersi sia in senso sia materiale che giuridico) e la non eccessiva onerosità per il debitore (P.A.). Il Consiglio di Stato rapporta l’eccessiva onerosità più che al debitore-P.A., al pubblico interesse e alla collettività, su cui gravano gli oneri dell’azione amministrativa. **Secondo l’opinione prevalente la fattispecie di cui all’art. 2058 c.c. ha natura risarcitoria** – e non reintegratoria o di esecuzione forzata in forma specifica – ed è volta a ristabilire la situazione giuridica esistente al momento in cui si è verificato il danno, con

l'attribuzione al danneggiato della medesima utilità giuridico-economica lesa dalla condotta illecita o, comunque, delle stesse utilità garantite dalla legge, non già quindi, come per l'altra forma di risarcimento, di utilità solo equivalenti.

Quanto al limite della "possibilità", occorre distinguere, ai fini della sua disamina, tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Gli interessi oppositivi trovano tutela attraverso l'annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo. Tuttavia, può accadere che la caducazione in sé e per sé non sia in grado di eliminare tutti gli effetti pregiudizievoli prodottisi (si pensi ad un'occupazione d'urgenza del fondo cui sia seguita la costruzione su di esso di manufatti che lo rendano inservibile).

Il risarcimento del danno si pone, pertanto, come strumento di tutela residuale ed integrativo della tutela non conseguibile integralmente con l'annullamento.

Per tale tipologia di interessi la reintegrazione in forma specifica risulta generalmente ammissibile, postulando gli stessi la sussistenza del bene della vita che costituisce presupposto per l'ammissibilità del risarcimento in forma specifica. Per quanto riguarda gli interessi legittimi di tipo pretensivo la tutela annullatoria costituisce un'utilità solo parziale, non discendendo da essa l'attribuzione del bene della vita anelato. Ci si chiede allora se, in questo caso, sia esperibile il rimedio del risarcimento in forma specifica attraverso la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento.

La tesi prevalente nega una tale possibilità, in quanto l'adozione del provvedimento richiesto atterrebbe più ai profili dell'adempimento e del potere conformativo del giudicato, piuttosto che del risarcimento.

Per altro orientamento, tale tutela sarebbe da ammettere in virtù di una visione più evoluta dei rapporti tra P.A. e cittadino ed in forza dell'esigenza di assicurare a quest'ultimo una tutela rapida ed effettiva che non debba passare attraverso la sequenza annullamento – inerzia della P.A. – ottemperanza. Una tesi intermedia ritiene invece possibile condannare l'amministrazione all'adozione del provvedimento solo nel caso di attività vincolata, con ciò facendo salva la riserva di amministrazione che invece viene sacrificata dal secondo orientamento.

Tale ultima posizione sembra trovare riscontro nel novellato testo dell'art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a., a norma del quale il giudice, in caso di accoglimento del ricorso "*condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile. L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di*

annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio".

Quanto ai rapporti tra reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente, sono rinvenibili in giurisprudenza due contrapposte posizioni in relazione alla questione relativa alla sussistenza tra i due rimedi di un rapporto di alternatività nel senso che è il ricorrente a scegliere se fruire dell'uno o dell'altro, ovvero un rapporto di priorità/sussidiarietà, nel senso che, fin dove possibile, occorre attribuire al ricorrente il bene della vita preteso e non il suo equivalente economico.

In ogni caso, nel rispetto del principio della domanda, il giudice non potrebbe concedere un rimedio in mancanza di espressa richiesta in tal senso.

Giova da ultimo osservare che, non di rado, il giudice amministrativo tende ad identificare la reintegrazione in forma specifica con l'annullamento dell'atto illegittimo. Tuttavia, in una ricostruzione sostanzialistica dell'interesse legittimo, occorre riferire la reintegrazione in forma specifica al bene della vita che ne sta alla base.

4. Questioni processuali

4.1 Riparto di giurisdizione

Un'ulteriore problematica, affrontata anche dalla sentenza n. 500 del 1999, è quello relativa al riparto di giurisdizione in merito al risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo.

Nella pronuncia si evidenzia come l'esistenza di due diversi giudici competenti per il risarcimento del danno e di due giudizi in gran parte diversi: innanzi al g.a., nell'ipotesi eccezionale di giurisdizione esclusiva ex art. 35 D.Lgs. n. 80/98, ove il privato chiedeva anche l'annullamento del provvedimento, il giudizio si presentava concentrato in capo ad un unico giudice per i profili sia risarcitori che impugnatori, conoscendo tale giudice anche delle questioni risarcitorie limitatamente alle materie di cui agli artt. 33 e 34 D.Lgs. 80/98; innanzi al g.o., nelle materie in cui il g.a. ha giurisdizione di legittimità. Sussiste, infatti, una giurisdizione generale del g.o. per la risarcibilità degli interessi legittimi, attesa la natura di diritto soggettivo di tipo patrimoniale che caratterizza la pretesa creditoria del privato leso. Si obiettava, a tal riguardo, che la scissione concettuale tra interesse leso e diritto al ristoro entra in contrasto con il criterio di riparto ex art. 103 Cost.

Con la legge n. 205/2000 il legislatore opta per la generale investitura del g.a. a

conoscere del risarcimento del danno, con la comprensione anche di settori rientranti nella giurisdizione di legittimità. La novità viene sancita nella riscrittura dell'art. 7 della l. n. 1034/1971. Sostituendo il termine “materia” con il termine “ambito di giurisdizione”, il legislatore ha inteso assegnare al g.a. il potere di conoscere tutte le questioni risarcitorie relative all'eventuale risarcimento del danno, ogniqualvolta si trovi ad operare nell'ambito della sua giurisdizione, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica. Se, da una lato, non può negarsi che il legislatore del 2000 faccia della giurisdizione del g.a. una giurisdizione piena, affiancando all'azione di annullamento quella risarcitoria, rompendo, in tal modo, il monopolio detenuto, sino a quel momento, dal g.o. in tema di risarcimento del danno, non può, dall'altro, non vedersi come il suo principale intento fosse quello di reintrodurre la pregiudiziale amministrativa, negata, in via pretoria, dalla sentenza 500/99, almeno rispetto al giudizio innanzi al g.o.

Ai fini del positivo esperimento dell'azione risarcitoria la Corte Costituzionale (sent. n. 191/2006), delineando la distinzione tra comportamenti “in senso stretto” e comportamenti “amministrativi”, ha sottolineato l'imprescindibile ricorrere di due condizioni quali la presenza della P.A. nella controversia in veste di autorità e l'ingiustizia del danno quale conseguenza dell'esercizio della funzione amministrativa.

La Corte Costituzionale ha, altresì, affermato la sussistenza di una giurisdizione esclusiva del g.a. anche per le controversie relative a comportamenti riconducibili all'esercizio, pur se illegittimo, del pubblico potere della P.A., devolvendo, diversamente, alla giurisdizione del g.o. i comportamenti posti in essere in carenza di potere ovvero in via di mero fatto.

Con il codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010, All. A), il legislatore codifica i principi espressi dalla Consulta in tema di giurisdizione esclusiva e, all'art. 7 c.p.a. dispone che *“sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate nella legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni ...”*.

Mentre, però, la Corte Costituzionale aveva utilizzato una definizione “negativa” della giurisdizione esclusiva, individuando le controversie che non possono essere sussunte nell'ambito della stessa, il c.p.a. delinea la suddetta giurisdizione in positivo: i comportamenti, in particolare, rientrano nella giurisdizione esclusiva del g.a. se risultano collegati, almeno in via mediata, al potere amministrativo.

Il secondo comma dell'art. 30, c.p.a., dispone oggi che *“Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall’illegittimo esercizio dell’attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria”*.

4.2 La c.d. pregiudiziale amministrativa

Questione che riveste anch'essa particolare importanza e legata al riparto di giurisdizione è quella dei rapporti tra l'azione di annullamento e azione risarcitoria, ovvero la questione inerente la c.d. pregiudiziale amministrativa in forza della quale la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ingiusto presuppone il previo annullamento dell'atto asseritamente lesivo.

Sul punto si sono registrate diverse posizioni. Una prima tesi favorevole alla pregiudiziale e sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa, affermava l'inammissibilità dell'azione risarcitoria allorché proposta in via autonoma, escludendo, quindi, che il giudice amministrativo potesse far luogo, nella sola prospettiva risarcitoria, all'accertamento incidentale della legittimità di un atto non impugnato nei termini decadenziali.

Di contro sull'assoluta autonomia tra le due azioni si è da sempre espressa la giurisprudenza della Corte di Cassazione, fin dalla storica sentenza n. 500/99 con cui si riconosce, per la prima volta, all'interesse legittimo una tutela uguale a quella prevista per i diritti soggettivi e da successive pronunce delle Sezioni Unite sostenendo la sostanziale equiparazione delle posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo, si è, quindi, posta l'esigenza di assicurare alla prima la stessa pienezza di tutela risarcitoria riservata dall'ordinamento alla seconda, senza subordinare, quindi, l'accesso alla stessa al termine decadenziale legato all'azione di annullamento. Si rimarca, inoltre, l'intrinseca diversità delle pretese sostanziali sottese alle due azioni, contrapponendosi alla logica della tutela oggettiva propria del giudizio di annullamento, la tutela soggettiva sottesa alla pretesa risarcitoria del privato.

Infine **si è raggiunta una tesi intermedia accolta dal codice del processo amministrativo** l'art. 30, infatti, nel disciplinare l'azione di condanna nei confronti della P.A., **prevede la possibilità che la pretesa risarcitoria sia azionata (anche) indipendentemente** dal previo annullamento dell'atto asseritamente lesivo, assegnando a tal fine all'interessato un termine di decadenza di centoventi giorni.

La norma, da leggere in combinato disposto con il co. 4 dell'art. 7 – il cui inciso finale prevede la possibilità che le domande risarcitorie aventi ad oggetto il danno da lesione di

interessi legittimi e di altri diritti patrimoniali consequenziali siano introdotte in via autonoma – sancisce, dunque, l'autonomia sul versante processuale della domanda di risarcimento rispetto al rimedio impugnatorio.

Accanto all'affermazione dell'autonomia processuale della tutela risarcitoria si afferma anche un ampliamento delle tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, infatti, aggiunte alla tutela di annullamento, la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, co. 4) e, nel rito in materia di silenzio inadempimento, l'azione di condanna pubblicistica (c.d. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31 commi da 1 a 3).

Tuttavia, come autorevolmente sostenuto dall'A.P. n. 3/11, il codice, pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso.

Tale soluzione pare in linea con gli arresti della prevalente giurisprudenza comunitaria che considerano la domanda di annullamento e quella di risarcimento rimedi autonomi, escludendo, però, la favorevole valutazione della domanda risarcitoria quando essa mascheri un'ormai tardiva azione di annullamento e negando la risarcibilità dei danni che sarebbero stati evitati con la tempestiva impugnazione. Tali approdi assumono rilievo pregnante nel nostro ordinamento alla luce dell'art. 1 del c.p.a. che richiama espressamente i principi della Costituzione e del diritto europeo volti ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Note e bibliografia

- (1) Cass., Sez. Un. civ., sent. 22/07/1999, n. 500.
- (2) Cons. St., A.P., sent. 18/04/2006 n. 6, vedi anche Cons. St., sez. VI, sent. 25/07/2012, n. 4236.
- (3) Cons. St., sez. IV, sent. 14 marzo 2005, n. 1047.

F. Caringella, *I principi del Diritto Amministrativo*, Roma, 2016.
R. Garofoli, *Compendio superiore di Diritto Amministrativo*. Roma. 2015.

IL RAPPORTO DI CAUSALITÀ COME “SPINA DORSALE” DEL FATTO DI REATO: ASPETTI GENERALI E DISCIPLINA CODICISTICA.

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste una definizione di “causalità”. Nel tempo, si sono avvicinate varie teorie sull’accertamento della causalità penale, ma il dibattito ormai può dirsi superato a seguito dell’intervento, nel 2002, delle celebri Sezioni Unite Franzese. Il presente contributo passa in rassegna le varie teorie sul nesso eziologico e la disciplina codicistica delle concause.

Anna Villani - Pubblicazione, giovedì 2 febbraio 2017
Redattore: Ilaria Ferrara

Sommario: 1. Premessa - 2. Le teorie sulla causalità - 3. Le Sezioni Unite Franzese - 4. Le concause

1. Premessa

Nell’ordinamento giuridico manca una nozione di “causalità”, in quanto tale termine è necessariamente legato ad un contesto relazionale, ossia non è determinabile in modo assoluto, bensì in relazione al contesto di riferimento.

In diritto penale, in particolare, il rapporto di causalità rappresenta un elemento indefettibile del fatto di reato, in quanto in un sistema basato sulla responsabilità personale (art. 27 Cost.), l’attribuzione del fatto di reato al soggetto agente è condizione imprescindibile per la punibilità dello stesso.

In un diritto penale del “fatto”, il nesso di causalità è elemento costitutivo del reato commissivo di evento, in quanto l’imputazione richiede come presupposto che il reo abbia contribuito alla verifica dell’evento. La causalità, dunque, funge da **criterio di imputazione oggettiva** del fatto al soggetto; il nesso causale comprova che non solo la condotta, ma anche l’evento, sono opera dell’agente.

La causalità, quale concetto trasversale che abbraccia le varie branche del diritto, si differenzia nel settore civile rispetto a quello penale. Anche in ambito civile non abbiamo

una definizione di rapporto di causalità (artt. 2043 e 1223 c.c.). Accanto alla causalità materiale si colloca la causalità giuridica^[1]. La causalità materiale è il nesso eziologico che intercorre tra condotta ed evento, mentre quella giuridica è il nesso che intercorre tra l'evento e il pregiudizio-danno prodotto. A tal fine, l'interprete dovrà prima verificare la sussistenza della causalità materiale (danno-evento) per poi passare all'esame della causalità giuridica, individuando il danno-conseguenza e stabilendo se l'evento sia stato causa di un danno risarcibile. Nel diritto penale, tuttavia, non sempre può dirsi esistente una causalità materiale, in quanto nei reati di mera condotta e nei reati omissivi manca un evento in senso naturalistico, di guisa che una causalità materiale non può ravvisarsi, ma si configurerà solo una causalità giuridica.

L'assenza, in diritto civile, di regole precise in riferimento al concetto di causalità ha indotto l'interprete a mutuare le regole di cui agli artt. 40 e 41 c.p.^[2]

La differenza tra i due ordinamenti, tuttavia, viene posta in evidenza anche dalle famose Sezioni Unite 581/2008, le quali, ponendo fine ad un lungo dibattito giurisprudenziale, affermano che la differenza tra il sistema penale e civile non attiene alla nozione di nesso causale, bensì alla regola probatoria. In altre parole, mentre le regole per l'accertamento del nesso causale, in assenza di altre disposizioni normative, sono sempre quelle fissate dagli artt. 40 e 41 c.p., ciò che muta tra processo penale e civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre ogni ragionevole dubbio", mentre nel secondo vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non"^[3]. L'ordinamento civile, infatti, a differenza di quello penale, si fonda sul principio di atipicità dell'illecito e ha quale scopo ultimo quello di reintegrare il danneggiato per il pregiudizio sofferto; esso guarda al danneggiato piuttosto che all'autore (*rectius* danneggiante) dell'illecito e mira a ristorare lo stesso, mentre il diritto penale tende a punire il soggetto agente per il reato commesso. Ecco allora che il diritto civile si accontenta di una regola probatoria più blanda rispetto a quella più rigorosa prevista per il processo penale.

Delineate, quindi, le differenze tra i due sistemi e passando all'esame dell'accertamento del nesso causale in ambito penale, ossia della regola che consente di stabilire quando una condotta umana sia causa dell'evento, occorre in primo luogo sottolineare come il Codice Rocco, a differenza di altri codici, contiene una disciplina esplicita del nesso causale agli artt. 40 e 41 c.p.

Malgrado ci sia tale disciplina, lo sforzo dell'interprete è stato sempre quello di

individuare un metodo univoco per accertare il nesso causale, in quanto il solo riferimento agli artt. 40 e 41 c.p. non sempre è risultato soddisfacente. Tale indagine si snoda attraverso tre momenti: 1) l'accertamento della causa meramente materiale dell'evento, ossia *perché l'evento si è verificato*; 2) l'accertamento della condotta, ossia *come la condotta umana ha interferito su quell'evento*; 3) l'accertamento della violazione della regola cautelare. Mentre nei reati dolosi, l'indagine si arresta al secondo stadio, nei reati colposi si dovrà individuare anche la regola cautelare violata.

2. Le teorie sulla causalità

Come anticipato, negli anni si sono succedute varie teorie sull'accertamento della causalità. Una delle prime è sicuramente la **teoria condizionalistica** o della causalità naturale o della *condicio sine qua non*. Secondo tale orientamento elaborato nel corso del XIX secolo, una condotta è causa di un evento se è una delle condizioni senza la quale l'evento non si sarebbe verificato, ossia è condizione necessaria e sufficiente per la produzione dell'evento. L'interprete dovrà verificare, attraverso un giudizio di eliminazione mentale *ex post se*, eliminando la condotta, l'evento si sarebbe o meno verificato. Tale teoria è detta anche teoria della "equivalenza causale", in quanto essa non distingue tra condizioni di rango diverso, bensì parifica l'attitudine causale di tutti gli antecedenti necessari dell'evento. Basta che la condotta umana rappresenti una delle condizioni che concorrono a produrre l'evento per poter assurgere a causa dello stesso. Questa ricostruzione presenta, tuttavia, tre limiti. Un primo limite per eccesso è il problema del regresso all'infinito; l'equivalenza delle cause porterebbe a considerare "causa" dell'evento finanche i remoti antecedenti dell'evento; nel noto caso di scuola, il paradosso potrebbe essere quello di far risalire l'omicidio ai genitori dell'omicida, i quali, procreandolo, avrebbero creato una condizione indispensabile dell'evento. Il secondo limite per difetto è che tale teoria non riesce ad offrire il metodo di spiegazione logica per stabilire se da una determinata condotta derivi o meno un evento, soprattutto nei casi in cui non si conosce la legge causale che regola determinati fenomeni. Per poter asserire che eliminando mentalmente la condotta, l'evento viene meno, bisogna prima sapere che la condotta appartiene al novero di quelle generalmente in grado di produrre eventi del tipo di quelli verificatisi in concreto. Infine, la teoria condizionalistica entra in crisi in ipotesi di causalità alternativa ipotetica (quando l'evento si sarebbe comunque verificato per l'intervento di un'altra causa) e di causalità addizionale (quando l'evento sia prodotto dal concorso di più condizioni, ciascuna capace da sola di produrre l'evento). In casi del genere, eliminando mentalmente la condotta, l'evento si sarebbe

comunque verificato.

Proprio allo scopo di superare i suddetti limiti della teoria condizionalistica, venne elaborata alla fine del XIX secolo la **teoria della causalità adeguata**, la quale considera la condotta umana “causa” dell’evento solo quando idonea, secondo l’*id quod plerumque accidit*, a determinarlo, escludendo che gli antecedenti causali straordinari o atipici possano essere causa di un evento. A differenza della teoria condizionalistica, tale teoria si basa su un accertamento *ex ante*, ossia occorre verificare che la condotta sia *ex ante*, nel momento in cui viene posta in essere, idonea a determinare un evento del tipo di quelli verificatisi in concreto. Il limite di questo orientamento è quello di basarsi esclusivamente sull’esperienza comune.

A metà strada tra la teoria condizionalistica e la teoria della causalità adeguata si pone la **teoria della causalità umana**, la quale considera causati dalla condotta umana solo quegli eventi dominabili dall’uomo, ossia quelli rientranti nella sua sfera di dominio. Il limite di tale teoria è quello di sovrapporre l’accertamento di un elemento oggettivo come il nesso causale con profili soggettivi che attengono alla colpevolezza.

Parte della dottrina, soprattutto di matrice tedesca, poi, abbraccia la cd. **teoria dell’imputazione obiettiva dell’evento**, per spiegare i casi di decorso causale atipico, affermando che non basta far riferimento a parametri esclusivamente condizionalistici per imputare l’evento all’agente, ma occorre individuare ulteriori criteri atti ad attribuire oggettivamente l’evento al soggetto come suo proprio fatto e non come coincidenza casuale. Si pensi al caso di scuola del nipote che induce lo zio ricco a fare un viaggio in aereo e lo zio muore a causa di un incidente in volo. Per tale orientamento, dunque, un evento può essere oggettivamente imputato all’agente solo se realizza il cd. **rischio giuridicamente non consentito o illecito** creato dall’autore con la sua condotta. Se questa è la conclusione, tale teoria fa perno su vari criteri, dei quali i principali sono quelli dello **aumento del rischio** e dello **scopo della norma violata**. Secondo il primo criterio, l’imputazione obiettiva dell’evento presuppone, oltre al nesso causale, che la condotta abbia di fatto aumentato la probabilità di verifica dell’evento. Sono, infatti, vietate solo le condotte che vanno al di là del rischio socialmente consentito e che aumentano le possibilità di verifica di eventi lesivi. Nel caso citato prima, è da escludere che l’invito del nipote abbia aumentato il rischio dello zio di morire per un incidente aereo. L’obiezione principale mossa a tale criterio è quella di trasformare i reati di danno in reati di pericolo. Per il criterio dello scopo della norma violata, invece,

l'imputazione dell'evento viene meno quando, pur sussistendo il nesso causale, la condotta non costituisce concretizzazione dello specifico rischio che la norma in questione tende a prevenire. Tale criterio paga lo scotto della difficoltà di individuare lo stesso scopo della norma violata in determinate situazioni, rendendo questo metodo alquanto incerto.

Ma è a partire dalla nota sentenza sul disastro di Stava del 6 dicembre 1990 che si fa avanti e si afferma la **causalità scientifica**, la quale considera causa di un evento quella condotta senza la quale l'evento non si sarebbe verificato con certezza o elevata probabilità. La sentenza afferma che il nesso causale deve essere sussunto sotto leggi scientifiche di copertura[4]. Un antecedente può essere considerato causa di un evento a condizione che rientri tra quegli antecedenti che, sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica (cd. legge generale di copertura[5]), portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto[6]. L'interprete, sulla base della cd. clausola *coeteris paribus*, dovrà verificare se la condotta dell'agente sia condizione probabile dell'evento, anche dando per conosciuti fatti che in realtà non lo sono.

Occorre, però, distinguere tra probabilità statistica e probabilità logica. La **probabilità statistica** (o frequentista o empirica) ricorre quando il giudice utilizza solo leggi statistiche, affermando che ad un evento segue un altro evento in una data percentuale di casi, mentre la **probabilità logica** richiede in più che la legge di copertura sia logicamente credibile.

3. Le Sezioni Unite Franzese

La distinzione tra probabilità statistica e probabilità logica è alla base della celebre Sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2002, meglio nota come sentenza Franzese, che scrive la parola fine al dibattito in tema di accertamento del nesso causale. La sentenza Franzese, che prende il nome dall'imputato, attiene all'ambito della responsabilità medica colposa di tipo omissivo per decesso del paziente ed enuncia principi cardine ripresi dalla quasi unanime giurisprudenza successiva[7]. Essa afferma che non è sufficiente la sola probabilità statistica e soprattutto che non è consentito dedurre automaticamente da coefficienti statistici seppur elevati la conferma dell'ipotesi accusatoria sull'esistenza del nesso causale, in quanto il giudice deve verificare la validità del caso concreto, sulla base delle circostanze di fatto e dell'evidenza disponibile, di modo che, escludendo l'interferenza di fattori alternativi, risulti

giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta (omissiva del medico) è stata condizione necessaria dell'evento con *alto grado di credibilità razionale o probabilità logica*. In altre parole, non basta la sola probabilità statistica, in quanto risulta centrale, nell'accertamento del nesso causale, il momento della verifica processuale dell'ipotesi accusatoria, essendo necessario un giudizio di alta probabilità logica. Il nesso causale è allora sussistente solo laddove si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di fattori causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo ma con modalità diverse, in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva[8].

4. Le concause

Ma la disciplina codicistica della causalità penale è contenuta non solo nell'art. 40 c.p., rubricato specificamente "nesso di causalità", ma anche nel successivo art. 41 c.p., che deve essere letto in combinato disposto con l'art. 40 c.p. e che fa riferimento al cd. fenomeno delle concause. La norma in realtà parla di "concorso di cause", ma parte della dottrina critica tale terminologia, in quanto la causa riguarda la totalità delle condizioni, di guisa che sembra più corretto parlare di "concause"[9]. Si tratta dei casi in cui vi è convergenza di più fattori condizionanti la produzione dell'evento. Laddove, per converso, l'elemento soggettivo in capo all'agente è la colpa, la disciplina del concorso di cause sarà quella della cooperazione colposa di cui all'art. 113 c.p. Quest'ultima deve essere tenuta distinta dal concorso di cause indipendenti, in quanto per configurarsi, necessita della coscienza dell'altrui partecipazione, anche se non è richiesta la conoscenze esatta delle condotte specifiche, né l'identità dei partecipi.

Orbene, l'art. 41 c.p. è suddiviso in tre commi. Il primo comma[10] stabilisce il principio dell'equivalenza delle cause[11], secondo il quale in presenza di una pluralità di cause, tutte idonee a produrre l'evento, queste vengono considerate di pari valenza. Viene, quindi, ripreso il concetto espresso dall'art. 40 c.p., per cui, affinché si abbia imputazione, è sufficiente che il soggetto abbia realizzato una condotta necessaria e l'imputazione non è esclusa dall'intervento di altri fattori causali antecedenti, concomitanti o successivi[12]. Il co. 1 dell'art. 41 c.p., dunque, rappresenta una riaffermazione della teoria condizionalistica ed è segno che il nostro sistema aderisce a tale ricostruzione.

Il co. 3[13] chiarisce quanto affermato dal co. 1, stabilendo che quanto disposto

dall'articolo in esame, ossia il principio di equivalenza delle cause, trova applicazione non solo in riferimento a cause antecedenti, concomitanti o sopravvenute relative a circostanze naturali o fortuite, ma anche quando si tratti di comportamenti illeciti di altri soggetti.

Oggetto di ampi contrasti interpretativi, per converso, è stato da sempre il comma 2 dell'art. 41 c.p.[\[14\]](#), relativamente al significato da attribuire alla locuzione “*cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento*”.

Al riguardo, si sono contrapposti due orientamenti.

Secondo i fautori della teoria condizionalistica, il co. 2 sarebbe null'altro che un'ulteriore conferma del principio dell'equivalenza causale, in quanto le cause sopravvenute in grado di interrompere il nesso eziologico sono rappresentate dalla cd. **serie causale autonoma**[\[15\]](#), ossia una circostanza indipendente che si innesta sulla serie causale e che è idonea a cagionare l'evento, che si sarebbe, pertanto, verificato anche in assenza della condotta dell'agente. Un esempio è quello del passeggero che, colpito da una ferita mortale, muore però a seguito di un incidente o ancora, quello della donna avvelenata che però decede perché colpita da un fulmine prima che il veleno abbia fatto effetto. Si parla anche di **causalità sorpassante o interrotta**, proprio perché sono cause non legate alla condotta dell'autore, bensì indipendenti dalla stessa. Tale ricostruzione è stata utilizzata in tema di **errore medico**. L'errore medico, infatti, non interrompe il nesso di causalità. Ma con una importante precisazione. Deve trattarsi di responsabilità medica fondata su **omissione**. In tal caso, l'errore medico non può costituire fattore imprevedibile e atipico rispetto al precedente comportamento dell'agente che, provocando il fatto lesivo, ha reso necessario l'intervento dei sanitari. L'errore omissivo non può prescindere dall'evento che ha fatto sorgere l'obbligo della prestazione sanitaria, di guisa che non può da solo essere sufficiente a produrre l'evento[\[16\]](#). Per converso, laddove l'errore medico sia di tipo **commissivo**, può assumere i connotati dell'atipicità, imprevedibilità, eccezionalità e quindi essere in grado di interrompere il nesso eziologico.

Altro orientamento, invece, sostiene che il co. 2 sia una mitigazione del principio dell'equivalenza causale stabilito dal co. 1 dell'art. 41 c.p., affermando che la causa sopravvenuta non è quella del tutto autonoma dalla condotta dell'agente, ma è unita a quest'ultima, che rimane la *condicio sine qua non* dell'evento. E' il cd. **decorso causale atipico**[\[17\]](#), come emerge dagli stessi lavori preparatori al c.p.[\[18\]](#) Si tratta, quindi, di

cause che, innestandosi sulla serie causale prodotta dalla condotta dell'agente, determinano uno sviluppo "anomalo" della serie causale stessa, diverso rispetto alla serie normale di accadimenti e da sole in grado di produrre l'evento. Le cause sopravvenute idonee ad escludere il rapporto di causalità, dunque, sono quelle cause che, seppur non autonome ma inserite nella serie causale collegata alla condotta dell'agente, presentano i caratteri dell'anomalia, eccezionalità, imprevedibilità. Secondo i fautori di tale teoria, la tesi avversa della serie causale autonoma non potrebbe essere accolta, in quanto svuoterebbe di significato la previsione del co. 2 dell'art. 41 c.p., perché sarebbe una mera ripetizione in negativo dell'art. 40 c.p. ed inoltre non spiegherebbe perché il co. 2 fa riferimento alle sole cause sopravvenute e non anche a quelle preesistenti o concomitanti. Tale ricostruzione è stata molto utilizzata in tema di **infortuni sul lavoro**[\[19\]](#), in riferimento al comportamento colposo del lavoratore che contribuisca causalmente al verificarsi dell'evento, se sia o meno in grado di interrompere il nesso causale intercorrente tra l'omissione del datore di lavoro e l'evento lesivo dell'infortunio. Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che la condotta del lavoratore idonea ad incidere sul nesso di causalità, interrompendolo, è solo quella che si configuri come del tutto **abnorme**, ossia che per la sua stranezza ed imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro. In altre parole, la condotta colposa del lavoratore in grado di interrompere il nesso eziologico e di escludere la responsabilità del datore è solo quella che il datore non poteva in alcun modo prevedere e dominare e di conseguenza, evitare.

Altro problema creato dal co. 2 dell'art. 41 c.p., oltre a quello summenzionato relativo alla definizione di "cause sopravvenute da sole sufficienti", è relativo al suo ambito di applicazione, in quanto ci si è chiesti se lo stesso sia applicabile anche alle cause preesistenti e simultanee o solamente a quelle sopravvenute. Al riguardo, si sono contrapposte due tesi.

Secondo un primo orientamento, il co. 2 dell'art. 41 c.p. può essere esteso anche alle cause preesistenti e simultanee, in base ad un'applicazione analogica *in bonam partem*[\[20\]](#).

Secondo altra impostazione ermeneutica, invece, le cause preesistenti e simultanee non dovrebbero essere inserite nel campo di applicazione del co. 2 dell'art. 41 c.p., bensì nell'ambito dell'art. 45 c.p., che disciplina il caso fortuito e la forza maggiore[\[21\]](#).

In realtà, correttamente parte della dottrina fa notare come questo sia un falso problema, in quanto le cause preesistenti e simultanee, a differenza di quelle sopravvenute, sono conoscibili perchè esistenti al momento della condotta e, quindi, irrilevanti ai fini dell'esclusione del nesso di causalità[22].

Inoltre, è da preferire il secondo orientamento che esclude dall'ambito di applicazione del co. 2 dell'art. 41 c.p. le cause preesistenti e simultanee in quanto queste ultime, a differenza delle cause sopravvenute, possono in qualche maniera interferire tra la condotta e l'evento, ma non in senso eziologico, bensì solamente in senso logico.

Note e riferimenti bibliografici

BELLINA M., La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura, in Cass. Pen. 2008

CHINE'- FRATTINI- ZOPPINI, Manuale di diritto penale, Terza edizione, Nel Diritto Editore

FIANDACA-MUSCO, Diritto penale, Parte generale, Zanichelli, Bologna, 2012

MANTOVANI, Diritto penale, Parte generale, Cedam, Milano, 2007

ROMANO M., Commentario sistematico al codice penale, Giuffrè, Milano, 2004

Santise M., Coordinate ermeneutiche di diritto penale, Aggiornamento 2015, Giappichelli Editore – Torino

[1] La distinzione tra causalità materiale e causalità giuridica non è rinvenibile nel dettato codicistico, ma è frutto dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale nel settore civile. La norma che testimonia l'esistenza di questi due momenti della causalità è, secondo parte della dottrina, l'art. 1227 c.c., il cui co. 1, prevedendo il principio della cd. autoresponsabilità del soggetto, sottenderebbe la causalità materiale, mentre il co. 2, laddove esclude il risarcimento del danno evitabile dal creditore, sottenderebbe la causalità giuridica.

[2] Art. 40 c.p.: “Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende la esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione .

Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”.

Art. 41 c.p.: “Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra la azione od omissione e l'evento.

Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.

Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.”

[3] Ciò “per la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa e l’equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti” (cfr. S.U. Cass. 11 gennaio 2008, n. 581).

[4] Le leggi scientifiche di copertura si dividono in universali e statistiche. E’ universale la legge secondo cui la verificazione di un evento è sempre accompagnata dal verificarsi di altro evento. E’ statistica, per converso, la legge che afferma che un evento è accompagnato dal verificarsi di altro evento solo in una certa percentuale di casi.

[5] In un primo momento, si fece riferimento al cd. metodo individualizzante, secondo cui il giudice ricostruiva il nesso causale individuando eventi singoli e concreti tra loro connessi. In seguito, esso fu sostituito col metodo della cd. generalizzazione del senso comune, laddove la causa di un evento non è considerata come accadimento singolo ed unico, ma ripetibile. Ma entrambi i metodi ledevano il principio di legalità-tassatività, in quanto il giudice finiva per essere “creatore di leggi causali”. Ecco allora che si sentì il bisogno di fare riferimento a leggi scientifiche di copertura.

[6] Fiandaca-Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2012, p.235.

[7] Ad eccezione della sola sentenza 25 novembre 2004, n. 19777, tuttavia a sezione semplice.

[8] Cfr. Cass. 18 dicembre 2008, n. 4941.

[9] Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, Cedam, Milano, 2007, p. 147.

[10] “Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall’azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra la azione od omissione e l’evento”.

[11] Romano M., *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 343.

[12] A titolo esemplificativo, nel caso di morte di un pedone conseguente ad un investimento automobilistico, la responsabilità del conducente del veicolo non è esclusa dal fatto che la vittima era di salute malferma (causa preesistente) e che i sanitari hanno

commesso errori nella cura successiva all'investimento (causa sopravvenuta).

[13] “Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui”.

[14] “Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita”.

[15] Cfr. Cass., Sez. V, 26 gennaio 2011, n. 15220, Cass., Sez. V, 13 febbraio 2012, n. 13114, Cass., Sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11954.

[16] Cfr. Cass. 3 marzo 2012, n. 39389; Cass., Sez. V, 22 marzo 2005, n. 17394; Cass., Sez. IV, 12 novembre 1997, n. 11779.

[17] Cfr. Cass., Sez. IV, 30 gennaio 2008, n. 13939.

[18] L'esempio riportato nella relazione ministeriale al c.p. è quello del soggetto ferito che decede a seguito di un incendio scoppiato in ospedale, dove era stato condotto a causa del ferimento.

[19] Cfr. Cass., Sez. IV, 28 aprile 2011, n. 23392; Bellina M., *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *Cass. Pen.* 2008, p. 1013.

[20] Gallo M., *L'elemento oggettivo del reato*, Milano, 1967, p. 84.

[21] Mantovani, *op. cit.*, p. 149.

[22] Blaiotta R.-Canzio G., *Causalità (dir. pen.)*, p. 283.

LA FATTISPECIE DELITTUOSA DEL REATO DI MINACCIA EX ART. 612 DEL CODICE PENALE.

Gli elementi costitutivi della condotta tipica e il rapporto con gli altri reati. Uno sguardo alle più recenti interpretazioni della giurisprudenza di legittimità.

Massimiliano Pace - Pubblicazione, venerdì 3 febbraio 2017
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Premessa e interesse tutelato - 2. Elemento oggettivo e soggettivo - 3. Minaccia aggravata - 4. Configurabilità del tentativo - 5. Rapporto con altri reati.

1. Premessa e interesse tutelato

Il disposto normativo dell'art. 612 definisce la fattispecie incriminatrice del **delitto di minaccia**, distinguendo specificamente la minaccia, semplice e aggravata, tanto sul piano prettamente sanzionatorio quanto su quello relativo alla procedibilità del reato. La condotta tipica presa in esame dalla fattispecie delittuosa di cui all'art. 612 c.p richiede, al fine della configurabilità del reato di minaccia, una coartazione della libertà psichica del soggetto passivo derivante dalla prospettazione di un male ingiusto inerente la stessa persona ovvero il proprio patrimonio.

La collocazione sistematica del reato all'interno della sezione del codice intitolata ai delitti contro la libertà personale, consente di enucleare il bene giuridico protetto nella libertà personale e quindi, specificamente, nella sfera della libertà morale. Sul punto si osserva che la dottrina maggioritaria, pur muovendo dal nucleo comune della libertà morale, ha ritenuto di individuare l'oggetto giuridico della fattispecie in esame nella c.d "tranquillità individuale" da intendersi nel complesso delle condizioni necessarie e sufficienti a consentire il normale esercizio dei diritti di libertà (Così in particolare Antolisei e Mantovani). La stessa specificazione della nozione di tranquillità individuale non esclude la libertà morale, in un rapporto di species a genus, posto che il soggetto può dirsi realmente in grado di determinare liberamente la propria volontà solo allorquando versi in una situazione di tranquillità personale. A ulteriore specificazione, infatti, la

tranquillità individuale può essere considerata prodromica alla stessa tutela della libertà morale, e ciò in quanto la prospettazione del male ingiusto e futuro è idonea ad alterare le condizioni di vita del soggetto passivo turbandone il livello psico-emotivo, tanto da pregiudicarne la stessa libertà di autodeterminarsi (Fiandaca – Musco).

La fattispecie è da considerarsi un reato di pericolo, pertanto per la integrazione della condotta tipica non è necessaria l'effettiva lesione del bene oggetto di tutela penale e quindi la prova che la vittima sia stata effettivamente intimorita dalla condotta delittuosa, purché la stessa minaccia risulti idonea ad incutere timore. Il turbamento effettivo, e quindi l'evento di danno, potrà anche non verificarsi in concreto stante la sussistenza dell'ingiustizia del male minacciato da verificare in relazione alla situazione contingente. Sul punto si riscontra una interessante casistica della giurisprudenza di legittimità in ordine alla configurabilità della condotta tipica del reato in situazioni nelle quali effettivamente la persona offesa non sia stata intimorita: fra tutte si richiama una pronuncia resa di recente dalla Corte di Cassazione con cui è stata cassata la decisione dei giudici di merito che avevano escluso la rilevanza della frase *“so come farti sparire, io ti faccio sparire, non devi più passare da queste parti”* ritenendo che in questo contesto era mancato l'intimorimento della vittima. Ai fini della sussistenza del reato, ha osservato la Corte, non può rilevare neppure il fatto che il male minacciato era indeterminato in quanto comunque ingiusto e desumibile dal quadro fattuale del contesto entro il quale la minaccia è stata proferita (Cass. Pen. n. 34215/2015).

2. Elemento oggettivo e soggettivo

In punto di **elemento oggettivo** del reato, la condotta tipica di azione diretta a minacciare un ingiusto danno può dirsi integrata allorché l'atteggiamento intimidatorio posto in essere riguardi la sfera morale della vittima, a nulla rilevando, in questi termini, le modalità in concreto utilizzate per compiere la minaccia. Il nesso causale che deve intercorrere tra la condotta diretta a minacciare ovvero a prospettare al soggetto passivo **un male futuro e ingiusto**, presuppone la riconducibilità dell'eventuale realizzazione del danno minacciato alla volontà del soggetto agente. Con riferimento ai connotati dell'oggetto della minaccia, l'ingiustizia del male futuro implica una prospettazione *contra ius*, la cui verifica dipende dalla volontà dell'agente, non essendo altrimenti ipotizzabile una penale responsabilità qualora questa dipendesse da fattori diversi ed estranei alla propria sfera volitiva. Così non integra certamente il delitto di minaccia la condotta di chi prospetti un male non già dipendente dalla propria volontà ma che

rappresenta un mero auspicio di un fatto negativo ovvero un cattivo presagio (Cass. 35763/2006). La giurisprudenza di legittimità ritiene comunque sussistente l'elemento oggettivo laddove il male prospettato oggetto di minaccia derivi dall'esercizio di una facoltà legittima utilizzata, tuttavia, per scopi diversi da quelli per cui è preordinata dalla legge. Trattandosi di un reato di pericolo il male minacciato può ravvisarsi nel danno, nella lesione ovvero nella messa in pericolo di un diritto o interesse giuridicamente rilevante.

La minaccia può assumere vari connotati sia sul piano delle espressioni verbali concretamente proferite, sia con riferimento al contesto specifico entro il quale la condotta viene posta in essere. In particolare, secondo costante insegnamento della Suprema Corte, la minaccia deve essere **seria ed effettiva** e quindi deve consistere nella prospettazione credibile di un male alla vittima. È interessante richiamare, sul punto, una recente conferma di assoluzione di un imputato il quale aveva minacciato di spruzzare addosso alla vittima un liquido antiparassitario che aveva tra le mani, non essendo stata ravvisata la serietà ed effettività della minaccia stante lo stato d'ira in cui versava l'agente in quel momento (Cass. Pen. Sez. V n. 8387/2014).

Ma la minaccia di un male ingiusto deve essere altresì **realizzabile e verosimile** nonché, come sopra ricordato, necessariamente dipendente dalla volontà dell'agente. Si è osservato, infatti, che la condotta minatoria deve essere valutata nell'ambito del contesto entro il quale viene formulata così da stabilirne l'idoneità intimidatoria concreta: così è stata ritenuta non offensiva l'espressione "*vieni fuori che facciamo a pugni*" pronunciata da un anziano di ottantaquattro anni a una persona con venti anni di meno, in quanto non può dirsi in siffatta ipotesi integrata la condotta tipica per difetto assoluto di offensività (da ultimo Cass. Pen. 16.06.2016 n. 25080).

Circa le forme della minaccia, è orientamento prevalente quello che ritiene configurabile il reato in presenza di **minaccia espressa in forma condizionata**, purché idonea a ridurre la libertà psichica della persona offesa. Sul punto, tuttavia, si richiama una recente pronuncia di legittimità con cui la Corte ha ritenuto non punibile una minaccia condizionata mediante la quale l'autore della stessa abbia inteso, non già restringere la libertà psichica, bensì prevenire un'azione illecita rappresentandogli quale reazione legittima il suo comportamento determinerebbe. Nella specie la Suprema Corte ha richiamato un principio di diritto affermato con la sentenza n. 29390 del 4 maggio 2007 per escludere che la condotta dell'imputato, il quale aveva minacciato di morte la

persona offesa laddove avesse testimoniato in giudizio su quanto accaduto in sua presenza, possa avere il fine di *“prevenire un’azione illecita o anche solo inopportuna della persona offesa [...] atteso che la deve intendersi riferita ad un’azione oggettivamente sconveniente secondo il comune sentire e non a quella ritenuta tale dal soggettivo punto di vista dell’agente”* (Così Cass. Pen. Sez. V n. 14054/2014).

Sul piano dell’elemento soggettivo **il dolo è generico** e presuppone la coscienza e volontà di minacciare ad altri un danno con la consapevolezza della sua ingiustizia. Oggetto del delitto di minaccia è l’azione intimidatrice, di talché, ai fini della sussistenza di tale elemento, non è necessario che la coscienza e volontà dell’agente si estenda sino a comprendere il proposito di attuare concretamente il male minacciato. La giurisprudenza, sul punto, è univoca nel ritenere il dolo generico richiesto dalla norma penale del tutto indipendente dal fine che il soggetto attivo intende perseguire nei confronti del soggetto passivo.

3. Minaccia aggravata

Il secondo comma dell’art. 612 c.p. individua le circostanze aggravanti che determinano l’applicazione di diversi limiti edittali di pena sul piano sanzionatorio, incidendo altresì sulla procedibilità del medesimo reato che, per le ipotesi aggravate, è d’ufficio. La fattispecie di minaccia è aggravata da uno dei modi indicati nell’art. 339 c.p. quando commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite, o con scritto anonimo, o in modo simbolico, o valendosi della forza intimidatrice derivante da associazioni, esistenti o supposte. Si tratta di situazioni che, anche singolarmente considerate, sono idonee a rendere più grave il turbamento psichico a carico della persona offesa, così rafforzando la minaccia del male ingiusto prospettata. In particolare, volendo qui soffermarsi sulla **minaccia mediante uso di armi**, questa si caratterizza per la presunzione di danno grave determinata dalla concorrenza delle stesse modalità ovvero dall’utilizzo di un’arma. Pertanto, secondo la prevalente lettura offerta dalla giurisprudenza di legittimità, la minaccia attuata con arma è in ogni caso ex se produttiva dell’evento formale dell’ipotesi grave del reato. Non mancano nella casistica giurisprudenziale esempi in ordine alla medesima ipotesi circostanziata di minaccia: integra delitto di minaccia aggravata la condotta di chi, pur tenendo in mano un coltello a serramanico con la lama ripiegata nel manico stesso, ostenti la presenza dell’arma dinanzi alla vittima *“così da rendere credibile che essa possa essere adoperata in qualsiasi momento ed in stretta continuità con la condotta minatoria”* (Cass. Pen. Sez. V

sent. n. 6496/2012); analogamente è stata ritenuta idonea ad integrare la fattispecie del secondo comma la condotta di minaccia effettuata mediante l'uso di un coltello, sebbene non a serramanico (e quindi sprovvisto delle caratteristiche di cui all'art. 585 c.p.), così come l'ipotesi in cui sia stata soltanto esibita l'arma seppure scarica, che costituisce condotta comunque idonea ad incutere timore. Anche l'arma giocattolo può costituire arma ai sensi dell'art. 339 e quindi della fattispecie di minaccia aggravata, in quanto se la minaccia è compiuta con una siffatta "arma" il cui "tappo rosso" sia stato debitamente occultato e quindi reso non visibile agli occhi della vittima, la condotta assume rilevanza ai fini della configurabilità dell'aggravante in esame (in particolare si richiama Cass. Pen. Sez. V n. 16647/03). La pistola giocattolo è stata considerata idonea ad integrare il delitto di minaccia aggravata anche in una ipotesi in cui la minaccia è stata proferita dall'agente avvalendosi di tale arma (inidonea a cagionare alcun danno) contestualmente all'affermazione "ti sparo": ebbene, la Suprema Corte ha ritenuto che l'uso dell'arma giocattolo, *"in unione con le ulteriori modalità con cui è attuata la minaccia determina un maggior effetto intimidatorio sull'animo del minacciato"* (Cass. Pen. Sez. V 10179/2013); ed inoltre si è giustamente osservato, sulla scia delle richiamate pronunce, che analogamente alla pistola giocattolo, qualsiasi oggetto che abbia all'apparenza le caratteristiche intrinseche di un'arma può provocare nel soggetto passivo un effetto intimidatorio più intenso (lo ha affermato la Corte di Cassazione con la Sent. n. 13915/2015).

Diversi canoni valutativi si richiedono, invece, con riguardo all'ulteriore **circostanza aggravante della gravità della minaccia**. Nel silenzio della norma penale, la Suprema Corte ha elaborato il parametro che consente di enucleare le ipotesi di minaccia grave tenuto conto del fatto che il carattere della gravità è relativo e va considerato in relazione tanto alla gravità del male minacciato quanto all'insieme delle circostanze complete nelle quali la minaccia è stata commessa, tenuto conto altresì delle condizioni particolari in cui versano il soggetto attivo e quello passivo. Si tratta di un criterio valutativo applicato dalla Corte di Cassazione in varie pronunce, anche risalenti, dalle quali emerge la necessità di restringere la ipotesi aggravata a quelle condotte che siano realmente idonee a cagionare **un grave turbamento in capo alla vittima**, gravità che potrà essere accertata mediante un giudizio ex ante che consenta di valutare tale idoneità in senso oggettivo. Richiamando qui i più recenti orientamenti giurisprudenziali, la quinta Sezione penale della Suprema Corte ha ritenuto che *"la gravità della minaccia va accertata avendo riguardo al tenore delle eventuali espressioni verbali ed al contesto nel quale esse si collocano, onde verificare se, ed in quale grado, la condotta minatoria*

abbia ingenerato timore o turbamento nella persona offesa” (Cass. Pen. sez. V n.35593/2015). In senso conforme la stessa Corte ha ritenuto configurabile la gravità della minaccia in una ipotesi in cui la stessa, seppure generica, è stata comunque in grado di produrre un *“grave turbamento psichico, avuto riguardo alle personalità dei soggetti”* riconoscendo così configurabile il secondo comma in relazione alla minaccia di morte proferita da un pluripregiudicato nei confronti di due militari (vedi Cass. Pen. Sez. V n. 44382/2015). Da ultimo, muovendo dalle medesime considerazioni in ordine all’accertamento della gravità della minaccia tenuto conto di condizioni soggettive, modalità della condotta e contesto, la Suprema Corte ha confermato la condanna di un uomo che mediante un messaggio inviato sul profilo Facebook, minacciava la compagna proferendo nei suoi confronti espressioni quali *“se mi tolgono il bambino vi ammazzo”*, atteso che la persona offesa era già stata minacciata con un coltello e a seguito di quell’episodio si era trasferita, con il bambino nato dalla relazione con l’imputato, a casa dei genitori (Cass Pen. n. 16145/2016). Infine si segnala una interessante e recentissima pronuncia di conferma della decisione dei giudici di merito che hanno ravvisato nella frase *“ti faccio portare via i figli”* una espressione idonea ad integrare il reato di minaccia in quanto pronunciata da un cittadino italiano nei confronti di due donne magrebine, sulla scorta del fatto che l’uomo era il fondatore di una associazione schierata contro l’ipotetica realizzazione di una mosche, e tenuto conto altresì della spiccata avversione più volte manifestata tramite precisi comportamenti nei confronti di persone di fede musulmana (Cass. Pen. sez. V, del 29.01.2016 n. 23592).

4. Configurabilità del tentativo

In tema di configurabilità del tentativo nel delitto di minaccia è necessario svolgere taluni cenni circa il momento consumativo del reato, stante che si tratta di un reato di pericolo per la sussistenza del quale, pertanto, non è necessario il reale intimorimento del soggetto passivo purché la minaccia sia comunque idonea a produrre tale effetto. Si comprende, quindi, come l’ammissibilità del tentativo passa necessariamente dalla precisa individuazione del momento di consumazione del reato, problema ontologicamente preesistente rispetto alla valutazione di idoneità e univocità degli atti diretti a compiere la condotta di minaccia. Ciò premesso, trattandosi di **reato formale di pericolo**, secondo la giurisprudenza di legittimità, anche risalente, il delitto di minaccia si consuma allorché il mezzo usato abbia attitudine ad intimorire così producendo *“l’effetto di diminuire la libertà psichica e morale del soggetto passivo”* anche indipendentemente dalla prova della reale intimidazione e purché si sia raggiunto il

livello di idoneità della stessa minaccia nei confronti di un uomo di livello comune (Cass. Pen. Sez. V n. 11069/79 e Sez. II 127050/73). In relazione alla **configurabilità del tentativo** si segnala, senza pretesa di completezza, un contrasto di posizioni tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza di legittimità. In particolare, il problema attiene all'ipotizzabilità del tentativo nei delitti di pericolo o di attentato: secondo autorevole dottrina il tentativo è naturalisticamente concepibile ma giuridicamente inammissibile nei delitti di pericolo, ritenuto inconciliabile il tentativo -inteso come una sorta di "pericolo di pericolo"- con il principio di offensività e con la ratio stessa dei delitti di pericolo che è già quella di impedire il pericolo del bene protetto (Mantovani). L'argomentazione si fonda, quindi, sulla necessità di evitare ulteriori anticipazioni di tutela, in ragione del fatto che, ritenendo gli atti idonei ed univocamente diretti a ledere il bene protetto, potrà dirsi allora raggiunta la pericolosità necessaria ad integrare il delitto di pericolo (e non forme tentate dello stesso). La giurisprudenza di legittimità, di contro, in taluni orientamenti meno risalenti ammette il tentativo anche con riferimento ai reati di pericolo riconoscendo ipotizzabili gli atti idonei e diretti in modo non equivoco a cagionare un pericolo che tuttavia non sorge (In particolare Cass. Pen sez. VI 4169/95 e, sempre in senso conforme, Sez. V n. 17694/2010). Più recentemente i giudici di legittimità hanno ritenuto ipotizzabile il tentativo nel delitto di minaccia allorquando il reato viene commesso mediante un **processo esecutivo frazionabile**. Specificamente su tale ultima pronuncia resa dalla Suprema Corte nel febbraio 2015 , il processo esecutivo frazionabile ha riguardato la spedizione di una lettera minatoria contenente un proiettile che tuttavia non ha raggiunto il destinatario in quanto intercettata prima di essere ricevuta (Cass. sent. n. 9362/2015).

5. Rapporto con altri reati

La nozione di minaccia va tenuta distinta rispetto al reato di minaccia ex se considerato in quanto la condotta minatoria in senso generico può fungere anche da mezzo per il tramite del quale l'agente intende realizzare un evento ulteriore. Nello specifico, infatti, per la sussistenza del delitto di minaccia, trattandosi di reato formale di pericolo è sufficiente che l'agente ponga in essere la minaccia del male ingiusto. Pertanto laddove la stessa condotta fosse finalizzata e diretta a costringere taluno a fare, tollerare o omettere qualcosa dovrà configurarsi la **diversa ipotesi delittuosa della violenza privata** con evento di danno in luogo di quello di pericolo. Infatti, la condotta del delitto di violenza privata, previsto e punito all'art. 610 c.p., si caratterizza per il *quid pluris* dell'elemento oggettivo rispetto a quello sufficiente ad integrare il delitto di minaccia.

Nella violenza privata la minaccia è diretta a coartare il soggetto passivo al fine di ottenere un comportamento, commissivo o omissivo, che egli non avrebbe assunto, ovvero a sopportare una altrui condotta che altrimenti non avrebbe tollerato. Si può quindi affermare, secondo costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, che il **criterio distintivo** del delitto di minaccia rispetto a quello di violenza privata ex art. 610 risiede nell'elemento intenzionale che incide sulla struttura stessa dell'elemento oggettivo del reato, in relazione al quale la minaccia di un male ingiusto può costituire una modalità della condotta diretta ad esercitare una coartazione della volontà altrui.

La minaccia, intesa come manifestazione esterna che rappresenta in qualsiasi forma al soggetto passivo il pericolo di un male ingiusto e futuro, può dare luogo ad un concorso di reati con il **delitto di violenza sessuale**, la cui condotta tipica è descritta all'art. 609 bis, in quanto si tratta di due fattispecie distinte e autonome sul piano della struttura della condotta. Ed invero, la giurisprudenza esclude un rapporto di assorbimento della condotta minatoria in quella tipica della violenza sessuale ben potendosi, all'opposto, configurare concorso del delitto di minaccia nel delitto di violenza sessuale laddove l'agente proferisca la minaccia del male ingiusto non in relazione alla coartazione della vittima a compiere o subire atti sessuali, bensì rivolta a generiche manifestazioni esterne comunque idonee a determinare un turbamento psichico nella stessa vittima. Nello specifico si segnala una recente pronuncia con la quale la Suprema Corte ha ritenuto talune frasi proferite dall'imputato nei confronti della vittima, idonee ad integrare il delitto di cui all'art. 612 c.p. in quanto le espressioni minacciose erano dirette ad indurre la vittima a ristabilire la relazione sentimentali oltre che ad avere rapporti sessuali. Ed invero, la Corte ha precisato che le minacce non erano esclusivamente preordinate alla consumazione del rapporto sessuale, ma rivestivano una valenza parzialmente autonoma. In questi termini il principio di diritto enucleato dai giudici di legittimità afferma che il reato di violenza sessuale può concorrere con il delitto di minaccia quanto quest'ultimo *“pur se in parte strumentale rispetto alla condotta criminosa del primo, rivesta una valenza parzialmente autonoma slegata dal compimento dell'attività sessuale coatta”* (Così Cass. Pen. sez. III n. 23898/2014).

Note e riferimenti bibliografici

Per la dottrina:

F. Mantovani, *“Diritto Penale”*, quinta ed. 2015 – Cedam
G. Fiandaca – Musco, *“Diritto Penale parte speciale”*, 2011 - Zanichelli
D. Pulitanò, *“Diritto Penale parte speciale, Tutela penale della persona”*, 2011 – Giappichelli
F. Antolisei, *“Diritto Penale parte speciale”*, 2008 – Giuffrè

Per la giurisprudenza:

Forti – Seminara – Zuccalà, *“Commentario breve al Codice Penale”*, 2016 – Cedam
Colli – Ferri – Gennari, *“Codice penale, le pronunce giurisprudenziali più recenti”*, 2016 – La Tribuna.
Banca dati DeJure – Giuffrè

L'OBBLIGO DI NOTIFICA AL GARANTE IN PRESENZA DI DATI IDONEI A RIVELARE LO STATO DI SALUTE O LA VITA SESSUALE.

La notificazione del trattamento, ex art. 37, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 196 del 2003, va eseguita anche allorché la rilevazione dei dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale avvenga in via accessoria rispetto ad altra prestazione sanitaria, e non in via principale.

Simona Iachelli - Pubblicazione, domenica 12 febbraio 2017
Redattore: Valeria Lucia

Sommario: 1. Premessa. 2. La disciplina dei dati personali in ambito sanitario. 3. Vicenda processuale e *quaestio juris*. 4. Soluzione accolta dalla Suprema Corte di Cassazione.

1. Premessa

La Corte di Cassazione, con la **sentenza n. 188 del 3 marzo 2016**, depositata il 9 gennaio 2017, si è occupata dell'**art. 37 del Codice in materia di protezione dei dati personali (Codice della privacy)** di cui al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il quale stabilisce l'**obbligo di notifica al Garante del trattamento dei dati personali** (1), chiarendo alcuni aspetti di indubbio rilievo, relativi alla corretta interpretazione della norma.

Prima di soffermarsi su questi aspetti di indubbio interesse, sembra utile, tuttavia, fare brevi cenni al "percorso" storico, oltre che socio - culturale, che ha portato il legislatore italiano a riconoscere e garantire una minuziosa disciplina del diritto alla riservatezza.

Le origini del diritto alla riservatezza risalgono al "*right to privacy*", per la prima volta menzionato in un saggio del 1890 pubblicato negli Stati Uniti (2), concernente la vicenda di un avvocato di Boston che, dopo aver sposato la figlia di un ricco e noto uomo politico ed aver "attirato l'attenzione" dei giornali scandalistici per la sua "movimentata" e sfarzosa vita mondana, aveva deciso di tutelare il proprio diritto ad "essere lasciato solo" (*right to be let alone*) e libero dall'invasione nella propria dimensione privata, affermando l'esistenza di un nuovo "*tort*", diretto ad affermare la responsabilità di chi avesse violato l'intimità e la riservatezza altrui, proteggendo questi valori alla stessa

stregua del diritto di proprietà. (3)

La vita privata diventa così un "luogo ideale", da proteggere contro l'altrui invasione.

Negli anni sessanta, la dottrina ha cominciato ad interpretare il "diritto di essere lasciati soli" come diritto concepito al fine di fornire tutela ad una duplice esigenza individuale: da un lato, la protezione della sfera privata dall'altrui curiosità (4), e dall'altrui interesse a conoscere (5); dall'altro, il controllo del flusso delle informazioni in uscita dalla sfera privata verso l'esterno.

Invero, con lo sviluppo delle nuove tecnologie, e il ricorso, sempre più massiccio, all'utilizzo di trattamenti, specie automatizzati, di dati di carattere personale, le esigenze connesse alla riservatezza mutano ulteriormente, atteso che la stragrande maggioranza delle azioni compiute e delle scelte individuali consentono la mappatura e con essa la ricostruzione dell' *identikit* della persona.

In tale situazione, la tutela del domicilio è totalmente inadeguata a garantire la riservatezza individuale, dal momento che le informazioni "in uscita" non sono solamente quelle acquisite attraverso l'accesso al luogo in cui si manifesta più immediatamente la personalità, né diramate consapevolmente attraverso i mezzi di comunicazione del pensiero, bensì, fornite inconsapevolmente attraverso i dati personali seminati nell'ambiente, i quali, acquisiti e catalogati, permettono di ricostruire con precisione la personalità del singolo, violandone la segretezza. (6)

Alla luce di queste esigenze, la giurisprudenza di legittimità comincia ad accogliere una concezione *lata* di riservatezza, non più intesa come riserbo dell'intimità domestica, del decoro e della reputazione, ma come interesse a sottrarre alla conoscenza altrui le vicende private, verificatesi dentro e fuori del domicilio domestico, che non abbiano per i terzi un interesse socialmente rilevante. (7) Tale significato viene accolto anche dalla Corte costituzionale, la quale include la fattispecie nell'ambito dei diritti inviolabili dell'uomo. (8)

Il diritto alla riservatezza, dunque, tutela le situazioni e vicende strettamente personali e familiari contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione e il decoro, non siano tuttavia giustificate da interessi pubblici preminenti. (9)

Tale diritto è stato suggellato prima dalla Legge 31 dicembre 1996, n. 675 (abrogata dal

codice della privacy) e poi dal **Codice in materia dei dati personali**, di cui al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, il quale ha disciplinato il fenomeno del trattamento dei dati personali, al fine di garantire le finalità di cui all'articolo 2 (10) e di assicurare il rispetto dei principi comunitari cui si ispirava e degli accordi e convenzioni internazionali nel frattempo intervenuti.

Invero, il fondamento normativo di tale situazione giuridica soggettiva è da rinvenirsi in varie convenzioni internazionali, tra cui la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

In particolare, l'art. 8, comma 1, della CEDU, riconosce ad ogni persona il "*diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza*". Sulla base di tale previsione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha determinato, e progressivamente ampliato, il significato da ascrivere ai concetti di "vita privata" e "corrispondenza", gettando le basi della positivizzazione di un diritto al controllo consapevole su ogni forma di circolazione delle proprie informazioni personali. (11)

Parimenti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea reca nel capo secondo, dedicato ai diritti di libertà, l'esplicito riconoscimento del diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8, 1° comma), distinguendolo tanto dal diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni (sancito all'art. 7), quanto dal chiarimento posto dall'art. 11, a mente del quale la libertà di espressione e d'informazione include la libertà di opinione e la libertà di ricevere e di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera.

Tali fonti internazionali e sopranazionali europee hanno dato impulso alla protezione giuridica della "*privacy*", intendendosi per tale l'esigenza personale sottesa al diritto alla riservatezza, e al diritto alla protezione dei dati di carattere personale.

A questo quadro normativo il nostro legislatore si è allineato con il D. Lgs. n. 196 del 2003, che introduce, appunto, nel nostro ordinamento, accanto al diritto alla riservatezza, un autonomo diritto alla protezione dei dati personali, come diritto avente ad oggetto la protezione del dato personale, a prescindere dalla tutela della sfera intima della persona e della famiglia, nonché della sua immagine sociale.

2. La disciplina dei dati personali in ambito sanitario.

Quando si parla di dati personali si fa riferimento a qualsiasi informazione che riguardi persone fisiche identificate o che possono essere identificate anche attraverso altre informazioni, ad esempio, attraverso un numero o un codice identificativo (art. 4, comma 1, lett. b), D.lgs. 196/2003).

Rispetto al regime ordinario concernente i dati personali non sensibili, per il trattamento dei **dati sensibili** il D.lgs. n. 196 del 2003 prevede un rafforzamento delle garanzie. Ciò in quanto le informazioni concernenti l'origine etnica e razziale, le convinzioni religiose e filosofiche, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché lo stato di salute e la vita sessuale, oltre a rivelare con maggiore immediatezza l'identità e la personalità del soggetto a cui si riferiscono, hanno storicamente rappresentato la chiave di volta per realizzare condotte lesive dei diritti, e per perpetrare ai danni dell'interessato comportamenti discriminatori.

In particolare, ai sensi dell'art. 20 del testo unico, il trattamento di tali dati da parte dei soggetti pubblici è consentito solo se autorizzato da espressa disposizione di legge, nella quale siano specificati i tipi di dati che possono essere trattati, i tipi di operazioni che su di essi possono essere eseguite, e le finalità di rilevante interesse pubblico perseguite. (12)

Tuttavia, per i dati idonei a rivelare lo stato di salute il legislatore prevede ulteriori cautele rispetto a quelle prescritte in relazione alla generalità dei dati sensibili, attinenti principalmente al regime dell'informativa e del consenso.

In particolare, oltre al divieto di diffusione (art. 22, 8° comma) e all'obbligo di conservazione separata (art. 22, 7° comma), il testo unico dispone l'utilizzo di codici o altre soluzioni che permettano di identificare gli interessati solo in caso di necessità (art. 22, 6° e 7° comma), e soprattutto, ad integrazione della previsione legislativa di cui all'art. 20, la necessità, in relazione ai dati necessari per perseguire finalità di tutela della salute dell'interessato o di terzi, di acquisire il consenso del soggetto a cui i dati stessi si riferiscono, ovvero l'autorizzazione del Garante.

Più nel dettaglio, in ambito sanitario, il Codice prevede due distinti regimi giuridici: il primo applicabile ai trattamenti effettuati per realizzare le finalità del servizio sanitario nazionale, attraverso "*le attività diverse da quelle di cura*", ed identificate all'art. 85, 1° comma. lett. a-g: il secondo adottabile, invece, nei casi di trattamenti dei dati idonei a

rivelare lo stato di salute effettuati dagli esercenti le professioni sanitarie o da organismi sanitari pubblici, per “*finalità di tutela della salute* o dell’incolumità fisica dell’interessato, di un terzo o della collettività”.

Mentre i trattamenti del primo tipo possono essere effettuati nel rispetto della regola generale e gli accorgimenti indicati negli artt. 22, e 85, 3° e 4° comma, per i trattamenti connessi ad esigenze di tutela della salute, l’art. 76 stabilisce che essi possono aver luogo, se si tratta di tutelare la salute e l’incolumità fisica dell’interessato, solo se vi è in tal senso il consenso dell’interessato; se, invece, sussiste l’esigenza di tutelare la salute e l’incolumità fisica di un terzo o della collettività, il consenso dell’interessato non è necessario ma occorre, comunque, la previa autorizzazione del Garante. (13)

Questa disciplina speciale risponde all’esigenza di bilanciare il diritto alla riservatezza sulle informazioni personali, di carattere più intimo e delicato, con il diritto alla salute, riconosciuto, ai sensi dell’art. 32 Cost., quale fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività sia nei confronti dello Stato che nella generalità dei consociati.

3. Vicenda processuale e quaestio juris.

La seconda Sezione civile della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, si pronuncia sul ricorso del Garante per la protezione dei dati personali contro la sentenza emessa dal Tribunale di primo grado con la quale veniva annullata l’ordinanza di ingiunzione al pagamento della sanzione amministrativa per omessa ed inidonea notificazione del trattamento di dati sensibili di pazienti nei confronti di una clinica privata.

Con l’unico motivo di ricorso, il ricorrente lamenta il vizio di “**violazione e falsa applicazione dell’art. 37, comma 1, lett. b) del D.lgs. 196/2003**”, il quale stabilisce l’**obbligo di notifica al Garante del trattamento dei dati personali**.

Più nel dettaglio, la **notificazione** è la comunicazione preventiva alle autorità riguardo specifici trattamenti di dati effettuati.

Si tratta di una dichiarazione con la quale il Titolare del trattamento, prima di iniziarlo, rende nota al Garante privacy l’esistenza di un’attività di raccolta e utilizzazione di dati di qualsiasi tipo. La fattispecie è ricondotta nell’alveo della tutela amministrativa, conformemente alla natura di adempimento strumentale allo svolgimento dei **poteri di vigilanza** dell’Authority. Lo scopo della notificazione è, infatti, quello di ottenere

l'autorizzazione ad effettuare il trattamento.

Secondo il Codice, la notificazione deve essere inviata esclusivamente per via telematica, utilizzando l'apposito modello messo a disposizione dal Garante (art. 38 cod. priv).

Il Garante, inoltre, può individuare, con proprio provvedimento, altri trattamenti suscettibili di recare pregiudizio ai diritti e alle libertà dell'interessato, in ragione della natura dei dati personali o delle modalità di raccolta e trattamento.

Una volta ricevuta la notificazione, il Garante inserisce la stessa in un apposito registro dei trattamenti, accessibile al pubblico, anche *on-line* e per finalità di applicazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali.

Orbene, ad avviso del ricorrente, la norma sarebbe stata interpretata in maniera scorretta dal Giudice di merito, per il quale l'art. 37 del testo unico stabilisce l'obbligo di notifica *"non con generico riferimento al trattamento dei dati a fini di prestazioni di servizi sanitari, bensì in modo puntuale e, quindi, col conseguente effetto che non sarebbero dovute notifiche per trattamenti dati fuori l'elencazione precisa data dalla legge"*.

Ancora, secondo la prospettazione della sentenza impugnata, *"allorché la rilevazione dei dati sarebbe attività accessoria a obbligazione sanitaria vera a propria, l'obbligo della notifica al Garante sussiste solo per rilevazione dei dati svolta in via principale e per scopi evidentemente scientifici"*.

Il fulcro della questione sottoposta all'attenzione della Suprema Corte di Cassazione è, quindi, la **corretta interpretazione del citato art. 37**.

5. Soluzione accolta dalla Suprema Corte di Cassazione.

La soluzione accolta dai giudici di legittimità è preceduta dal richiamo integrale all'art. 37, comma 1, lettera b), del codice della privacy, a tenore del quale vanno notificati al Garante i trattamenti dei *"dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, trattati a fini di procreazione assistita, prestazione di servizi sanitari per via telematica relativi a banche di dati o alla fornitura di beni, indagini epidemiologiche, rilevazione di malattie mentali, infettive e diffuse, sieropositività, trapianto di organi e tessuti e monitoraggio della spesa sanitaria"*.

Ciò premesso, la Suprema Corte precisa che **la dovuta notifica del trattamento dei dati "non**

può ritenersi onere conseguente ad una interpretazione estensiva” della norma in esame, come sostenuto nella sentenza impugnata, ma, al contrario, ad una “corretta interpretazione letterale fondata, come prescritto dall’art. 12 delle preleggi, sul significato proprio delle parole e, precisamente, della parola “rilevazione”, inteso come “atto (e risultato dell’atto) del rilevare”.

Ne consegue che è del tutto arbitraria l’interpretazione restrittiva compiuta dai giudici di merito, i quali hanno inteso il termine “rilevazione”, come “indagine conoscitiva”, quasi che la stessa fosse seguita dall’aggettivo “epidemiologica” o dall’aggettivo “statistica”.

Tale soluzione, peraltro, è confermata dallo stesso legislatore, il quale menziona, tra le finalità dei trattamenti dei dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale idonee a far insorgere l’obbligo di notifica al Garante, anche la finalità delle “indagini epidemiologiche”.

Di qui la decisione della Cassazione di confermare l’ordinanza ingiunzione al pagamento emessa dal Garante per sanzionare l’omissione, concretandosi la fattispecie in un trattamento sproporzionato di dati.

In conclusione, secondo gli ermellini, **la notificazione al Garante è obbligo richiesto anche nel caso di semplice rilevazione delle patologie relative a malattie mentali, infettive e diffuse.**

Pertanto, prima di avviare il trattamento dei dati, il relativo titolare è tenuto a consentire l’intervento preventivo del Garante in funzione di controllo, il quale si sostanzia in un’indagine verso valutazioni di natura tecnica e giuridica, per accertare le quali devono essere compiuti adempimenti di diversa natura.

Note e riferimenti bibliografici:

1. Art. 37 (Notificazione del trattamento): *“Il titolare notifica al Garante il trattamento di dati personali cui intende procedere, solo se il trattamento riguarda: a) dati genetici, biometrici o dati che indicano la posizione geografica di persone od oggetti mediante una rete di comunicazione elettronica; b) dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale, trattati a fini di procreazione assistita, prestazione di servizi sanitari per via telematica relativi a banche di dati o alla fornitura di beni, indagini epidemiologiche, rilevazione di malattie mentali, infettive e diffuse, sieropositività, trapianto di organi e tessuti e monitoraggio della spesa sanitaria; c) dati idonei a rivelare la vita sessuale o la sfera psichica trattati da associazioni, enti od organismi senza scopo di lucro, anche non riconosciuti, a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale; d) dati trattati con l’ausilio di strumenti elettronici volti a definire il profilo o la personalità dell’interessato, o ad analizzare abitudini o scelte di consumo, ovvero a monitorare l’utilizzo di servizi di comunicazione elettronica con esclusione dei trattamenti tecnicamente indispensabili per fornire i servizi medesimi agli utenti; e) dati sensibili registrati in banche di dati a fini di selezione del personale per conto terzi, nonché dati sensibili utilizzati per sondaggi di opinione, ricerche di mercato e altre ricerche campionarie; f) dati registrati in apposite banche di dati gestite con strumenti elettronici e relative al rischio sulla solvibilità*

economica, alla situazione patrimoniale, al corretto adempimento di obbligazioni, a comportamenti illeciti o fraudolenti”.

2. S. D. Warren - L.D. Brandeis, “*The Right to privacy*”, in Harward Law Review, 1980, 193 ss.
3. N. Maria, “Accesso ai dati personali e tutela dei diritti fondamentali nel sistema del D.lgs. 196/2003”, in Corriere Giur., 2013, 12, 1543.
4. Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1989, 236.
5. Cataudella, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1972, 9.
6. E. Varani, “*Diritto alla privacy e trattamento dei dati sensibili in ambito sanitario: dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea al D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196 «Codice in materia di protezione dei dati personali*”, in *Giur. It.*, 2005, 8.
7. Cass. Civ., 27 maggio 1975, n. 2199
8. Corte cost., 12 aprile 1973, n. 38: “Fra i diritti inviolabili dell’uomo, affermati, oltre che nell’art. 2, negli articoli 3, secondo comma, e 13, primo comma, rientrano quelli del proprio onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione, sanciti espressamente negli articoli 8 e 10 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo”.
9. M. Fratini, *Compendio di diritto civile*, 2014 -2015.
10. Art. 2 comma 1: “il presente testo unico, di seguito denominato “codice”, garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza, all’identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali”.
11. C. eur. dir. Uomo, *Malone c. Regno Unito*, 2 agosto 1984, serie A, n. 82; *Leander c. Svezia*, 26 marzo 1987, serie A n. 116; *Gaskin c. Regno Unito*, 7 luglio 1989, serie A n. 160; *Z. c. Finlandia*, 25 febbraio 1997.
12. Art. 20 d.lgs. 196/2003: “*Nei casi in cui una disposizione di legge specifica la finalità di rilevante interesse pubblico, ma non i tipi di dati sensibili e di operazioni eseguibili, il trattamento è consentito solo in riferimento ai tipi di dati e di operazioni identificati e resi pubblici a cura dei soggetti che ne effettuano il trattamento, in relazione alle specifiche finalità perseguite nei singoli casi e nel rispetto dei principi di cui all'[articolo 22](#), con atto di natura regolamentare adottato in conformità al parere espresso dal Garante ai sensi dell'[articolo 154, comma 1, lettera g\)](#), anche su schemi tipo*” (comma2).
13. Art. 76 d.lgs. 196/2003: “*Gli esercenti le professioni sanitarie e gli organismi sanitari pubblici, anche nell’ambito di un’attività di rilevante interesse pubblico ai sensi dell’articolo 85, trattano i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute: a) con il consenso dell’interessato e anche senza l’autorizzazione del garante, se il trattamento riguarda dati e operazioni indispensabili per perseguire una finalità di tutela della salute o dell’incolumità fisica dell’interessato; b) anche senza il consenso dell’interessato e previa autorizzazione del Garante, se la finalità di cui alla lettera a) riguarda un terzo o la collettività*”.

L'ANNULLABILITÀ E L'AZIONE DI ANNULLAMENTO DEL CONTRATTO. LA CONVALIDA.

Profili dottrinali e giurisprudenziali.

Pierluigi Montella - Pubblicazione, lunedì 13 febbraio 2017

Redattore: Ilaria Ferrara

Sommario: 1. Introduzione.; 2. L'annullamento del contratto: cenni. I soggetti legittimati a proporre l'azione giudiziale.; 3. Gli effetti dell'annullamento rispetto alle parti e rispetto ai terzi.; 4. La convalida: cenni ed applicazione giurisprudenziale.

1. Introduzione

Dopo aver esaminato quali potessero essere le tipologie di vizi che, inficiando la corretta formazione del consenso, possano causare l'annullamento del negozio giuridico (in questa Rivista), in questo "pezzo" si esaminerà l'azione di annullamento (disciplinata dagli artt. 1441 e ss. del Codice civile) e della convalida (art. 1444 cc.). Adottando lo stesso *modus operandi* del precedente articolo, si cercheranno di portare all'attenzione del lettore i profili più interessanti dell'annullamento, lungi dal voler fornire una trattazione completa dell'istituto (per la quale si rimanda alla manualistica citata nelle note).

2. L'annullamento del contratto. Alcuni cenni. I soggetti legittimati a proporre azione giudiziale.

E' noto all'operatore del diritto che per ottenere l'annullamento di un contratto è necessario proporre opportuna domanda giudiziale: se accolta, ad essa seguirà sentenza costitutiva volta alla modifica della posizione delle parti[1]. Va da sé che non sarà possibile un accertamento d'ufficio da parte del giudice. È altresì noto (e lapalissianamente evidente dalla norma codicistica) che tale azione di annullamento sia relativa, quindi proponibile soltanto da coloro che vantino uno specifico interesse sostanziale e processuale, individuato *ex lege*, con rare deroghe a favore dell'assolutezza della stessa (come nei casi dell'interdizione legale[2]). Questa deroga, tuttavia, pone l'interrogativo sull'accostabilità di tale tipologia di annullabilità alla nullità del negozio

giuridico. Secondo Bianca[3], la distinzione tra le due forme di invalidità deve anche in questo caso specifico essere mantenuta, in virtù del fatto che comunque prima dell'annullamento il negozio giuridico (od il contratto) avrà comunque una sua efficacia provvisoria, eventualmente convalidabile[4].

Per quanto concerne invece l'interdetto giudiziale, la riflessione è più complicata: l'art. 1441 cc. va coordinato, infatti, con l'art. 427, comma secondo, del Codice, secondo il quale tale azione può essere proposta dall'interdetto stesso, dai suoi eredi o aventi causa[5] oppure dal tutore legale[6].

Manca, invece, in tale norma un riferimento ai soggetti legittimati per i contratti stipulati dal soggetto minore. È evidente che a tale *vacatio legis* dovrà necessariamente far fronte l'attività interpretativa dell'operatore del diritto. In tutti i casi sopra descritti, tuttavia, dovrà comunque (per esigenze di tutela del soggetto incapace) essere previsto l'intervento del rappresentante legale oppure di un protutore.

E' utile precisare che l'incapacità legale rileva in sé, cioè come qualcosa di sussistente a prescindere dal concreto pregiudizio che la parte interdetta giudizialmente (o minore d'età) possa aver patito. E' quindi ininfluenza che un soggetto interdetto per motivi inerenti la sua salute mentale abbia avuto un momento di "lucidità": per l'ordinamento, la parte terza avente causa, ad esempio, avrebbe potuto informarsi presso gli uffici competenti dello stato civile[7] e non l'ha fatto a causa della sua negligenza e quindi non merita alcuna tutela[8]. Differentemente opera il meccanismo dell'incapacità naturale o, il che è lo stesso, dell'incapacità di fatto. In questo caso avremo un soggetto la cui incapacità di intendere e volere non è stata accertata con sentenza (e quindi non annotata in alcun pubblico registro): in tal caso, di conseguenza, ritorna in auge la tutela dello stipulante contrattuale il quale, se in buona fede, potrà contare sulla validità del vincolo contrattuale; al contrario, se il soggetto contraente era a conoscenza dell'incapacità naturale della parte, allora il contratto potrà essere annullato[9].

3. Gli effetti dell'annullamento rispetto alle parti e rispetto ai terzi.

L'annullamento della sentenza produrrà inevitabilmente delle conseguenze sia per le parti che per i terzi. Lungi da noi voler fornire un'inutile replica di quanto già ampiamente affrontato nelle aule universitarie: vogliamo soltanto segnalare, in questa sede, i profili di maggior interesse.

Per quanto riguarda l'efficacia della sentenza tra le parti, possiamo dire che

l'annullamento del contratto avrà effetto retroattivo implicando il ripristino della situazione *ex ante* rispetto al negozio annullato[10]. Esso comporterà l'obbligo per le parti di restituire le prestazioni già eseguite secondo le norme dell'indebito oggettivo[11].

Discorso diverso (e più ricco di intersezioni con altri istituti del diritto civile, come la trascrizione) per quanto concerne gli effetti dell'annullamento del contratto rispetto ai terzi. Qui si tratta di tutelare soggetti aventi causa di una delle parti che hanno acquisito, o contano di acquisire, una *res* od una prestazione in virtù del contratto che ritengono valido ed efficace. Ecco perché l'art. 1445 cc. esplicitamente afferma che l'annullamento che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda. Le implicazioni poste da tale norma sono chiare: il terzo soggetto che, ad esempio, avesse acquistato in buona fede un'immobile già oggetto di compravendita in un contratto stipulato dalle parti, non potrà vedersi opposta la sentenza costitutiva di annullamento, a salvaguardia del suo acquisto. Tuttavia, nel caso in cui, ex. art 2656, n.6, del Codice, tale soggetto avesse trascritto il suo titolo posteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale volta all'annullamento del contratto, allora egli non potrà più ritenersi "al sicuro". Discende da tale norma che nel momento in cui la domanda giudiziale sarà trascritta cinque anni dopo la trascrizione del contratto invalido, i terzi soggetti che avranno acquisito un diritto anche a titolo gratuito, vedranno anche in tal caso salvaguardato il loro diritto, purché tale trascrizione fosse comunque anteriore alla trascrizione della domanda giudiziale.

La salvaguardia del terzo, però, non sarà operante nel momento in cui l'annullamento è dovuto ad incapacità legale di una delle parti: in questo caso prevarrà sempre la tutela del soggetto incapace.

4. La convalida: cenni ed applicazione giurisprudenziale.

Laddove i soggetti deputati alla proposizione della domanda di annullamento avessero interesse a convalidare l'atto, potrebbero porre in essere la convalida negoziale (art. 1444 cc.), un atto unilaterale non recettizio[12]. Essa può essere espressa o tacita, ma in ogni caso manifesta la volontà della parte di voler far sì che gli effetti del negozio annullabile non vadano ad essere caducati ma "resistono" all'interno dell'ordinamento. Secondo alcuni autori, la convalida altro non è che una rinuncia all'azione di annullamento (un "non agire", in poche parole); altri al contrario sostengono sia un atto sostanzialmente

“positivo”. Ad esempio, il Barassi ritiene che la convalida rappresenti una determinazione in senso affermativo pendente sulle sorti del negozio annullabile, una cancellazione del vizio che lo affliggeva[13]. Ancora, altra autorevole dottrina (Bianca) sostiene come la convalida sia un negozio accessorio, o di secondo grado[14].

Vogliamo in questa sede mostrare ai nostri lettori un’interessante caso enucleato dalla giurisprudenza: la sentenza della Suprema Corte n. 18502 del 26 ottobre 2012.

In tale caso di specie un locatore conveniva in giudizio una società locataria e la conduttrice del proprio immobile chiedendo la risoluzione del contratto di locazione a causa di alcuni canoni non pagati dalla convenuta. Tal parte chiedeva invece l’annullamento del contratto (in riconvenzionale) per dolo del locatore o per errore essenziale e riconoscibile della conduttrice. Essa, difatti, aveva rifiutato di pagare i canoni dovuti con la motivazione che le era stato taciuto che l’immobile fosse soggetto ad espropriazione forzata con correlata inopponibilità della locazione. La parte convenuta aveva chiesto alla parte attrice di eliminare tale rischio e quest’ultima aveva interpretato tale comportamento come una surrettizia volontà di convalidare il contratto. Inizialmente il giudice di merito accolse le richieste attoriali, mentre la Cassazione stravolse tale impianto decisorio: in effetti, un conto è voler dare esecuzione al contratto così com’è (se ad esempio la conduttrice fosse stata d’accordo con l’eventuale cessazione del suo rapporto di locazione in seguito ad aggiudicazione dell’immobile); altro discorso è chiedere la rimozione di quello che è comunque un vulnus del contratto. Talché la S.C. ha enucleato la seguente massima: *“La convalida tacita del contratto, di cui all’art. 1444 comma 2 c.c., non è integrata dalla mera richiesta, formulata dalla parte che avrebbe titolo a domandare l’annullamento, di eliminazione della situazione costituente l’oggetto del vizio del suo consenso”*[15].

[1] Cfr. C.M. Bianca, Diritto Civile, Vol. 3, II ediz., Giuffrè 2000, pag. 670.

[2] Si ricorda, infatti, che l’interdizione legale rappresenta una sanzione e non un istituto a tutela di un soggetto cd. debole, di talché il soggetto interdetto legalmente subirà l’ulteriore penalizzazione di vedere il proprio contratto annullabile su domanda di qualsivoglia soggetto dell’ordinamento. Cfr. Codice Civile esplicito, XX Edizione, Edizioni giuridiche Simone, Napoli 2016.

[3] Cfr. Bianca, Diritto Civile, cit., pag. 671.

[4] Ad opinione di chi scrive, non è forse molto condivisibile tale spiegazione se si considera che anche il negozio giuridico nullo, prima della relativa declaratoria di nullità, può tranquillamente vivere nel nostro ordinamento poiché la sua inefficacia *ex tunc* deve

comunque essere dichiarata in sede giudiziale.

[5] Tali soggetti sono tutti quei terzi che hanno anteriormente acquisito un diritto in base al contratto annullabile.

[6] Questi, infatti, in quanto rappresentante legale dell'interdetto giudiziale, è autorizzato ad agire in ogni sede processuale. Eventualmente, in caso di conflitto di interessi tra questi due soggetti, sarà il protutore, nominato ex art. 360, a poter agire in giudizio.

[7] Vd. artt. 10, 28 e 49 del D.P.R. del 3 novembre 200, n. 396.

[8] Discorso diverso se il minore avesse con raggiri occultato la sua minore età: in tal caso è ritenuto meritevole di tutela l'affidamento del terzo. Cfr. F. Bocchini – E. Quadri, *Diritto Privato*, Giappichelli 2011, pag. 868.

[9] Cfr. Cass. Del 22 giugno 2004, n. 11854: per ottenere l'annullamento del contratto, sarà necessario e sufficiente che il difetto psichico sia tale da non consentire una corretta ponderazione degli effetti contrattuali, a nulla rilevando una totale declaratoria di infermità psichica.

[10] Cass. 15 giugno 1995, n.6756.

[11] Cfr. Bianca, *Diritto Civile*, cit., pag.673.

[12] Questa è la classificazione che opera Bianca, *Diritto Civile*, cit., pag. 675; altra parte della dottrina, tra cui il Ferri, ritiene invece che si tratta di un atto giuridico non negoziale, per il quale, va da sé, sarebbe sufficiente la mera capacità di intendere e di volere. Cfr. G.B. Ferri, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1989.

[13] Cfr. Barassi, *Teoria della ratifica del negozio annullabile*, Milano, 1898.

[14] Cfr. Betti, *Teoria del negozio giuridico*, UTET 1950, pagg. 249 e 493.

[15] Da *www.iusexplorer.it*. In effetti, è pacifico in giurisprudenza il principio secondo il quale l'esecuzione volontaria di cui all'art. 1444, comma secondo, consisterebbe in un'attività che presuppone una volontà incompatibile con quella di chiedere l'annullamento del contratto: cfr. Cass. 24 settembre 2003 n. 14198; Cass. 27 marzo 2001 n. 4441, in *Giur. it.*, 2002, I, 728, con nota di Fogliati, *Dolus bonus e dolus malus: brevi cenni sui caratteri distintivi*.

TIMOR EST C. AUSTRALIA: LUCI ED OMBRE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE, L'INIZIO DELLA FINE?

La nota controversia internazionale tra Timor est e l'Australia sulle delimitazioni marittime sembra aver effettuato un positivo cambio di rotta verso la negoziazione e la stesura di un nuovo accordo. Merita, però, cercare di capire quale sia l'effettiva posta in gioco e le problematiche esistenti anche alla luce del Diritto Internazionale.

Luigimaria Riccardi - Pubblicazione, martedì 14 febbraio 2017
Redattore: Alessio Giaquinto

Indice:

1) Introduzione; 2) Timor est: una breve ricostruzione storica-politica; 3) Timor est nel Diritto Internazionale: il principio di "Autodeterminazione dei Popoli" ;
4) Le potenziali ragioni (economiche) della controversia alla luce del Diritto Internazionale 5) Timor est c. Australia nel Diritto Internazionale: la problematicità della delimitazione marittima (il caso della Piattaforma Continentale); 6) Conclusioni.

1) Introduzione

Nell'ampissimo universo delle controversie internazionali, la nota **disputa tra Timor Est e Australia** sulla determinazione delle frontiere marittime ha registrato recentemente un importante punto di svolta.

Il 9 gennaio il Governo di Timor est, l'Australia e la Commissione di conciliazione, istituita in base all'allegato V della Convenzione sul diritto del mare del 1982 di Montego Bay, hanno adottato una dichiarazione congiunta (n. 2016-10, **20170109-Trilateral Joint Statement**) con la quale si è dato atto del recesso di Timor dall'accordo su "*Certain Maritime Arrangement in the Timor Sea*" (CMATS), adottato nel 2006.

In questo modo l'Australia consente a Timor di far valere in modo effettivo la propria

volontà di recesso dall'accordo internazionale, alla quale in passato il Governo australiano si era sempre opposto.

Le parti hanno anche concordato, dopo anni di tensioni e rapporti difficili, caratterizzate, tra l'altro, da accuse di spionaggio e di raggiri nella fase di negoziazione del suddetto Trattato del 2006, di iniziare le trattative per l'adozione di un testo sulle frontiere marittime.

Inoltre, la complessità dei rapporti tra i due paesi può essere dimostrata anche dal fatto che Timor ha avviato il 15 settembre 2015 un procedimento contro l'Australia dinanzi alla Corte permanente di arbitrato (2015-42) e che di una controversia tra i due Paesi si è occupata, tra l'altro, anche la Corte internazionale di giustizia alla quale si era rivolta Timor, il 12 giugno 2015, chiedendo la cancellazione della causa dal ruolo.

2) Timor est: una breve ricostruzione storica-politica

Al fine di comprendere in tutti i suoi aspetti il caso internazionale in commento, appare necessario analizzare l'evoluzione storica-giuridica dei rapporti tra i due Paesi, in particolare soffermandosi sui motivi internazionali ed **economici** da cui tale controversia scaturisce.

Va premesso anzitutto che **Timor Lest** (nome ufficiale **Repubblica Democratica di Timor Est**) è un Paese del sud-est asiatico.

Esso è composto dalla metà orientale dell'isola di Timor, dall'*exclave* di Oecusse sulla costa nord della parte occidentale di Timor, dall'isola di Atauro, a nord, e dall'isolotto di Jaco, al largo della punta orientale dell'isola.

L'unico confine terrestre di Timor Est è condiviso con l'Indonesia. **Le acque territoriali di Timor Est confinano a sud con le acque australiane nel Mar di Timor.** La sua capitale è Dili, città costiera a nord dell'isola.

Conosciuto in passato come *Timor portoghese*, il paese è stato una colonia del Portogallo fino al 1975. L'indipendenza fu dichiarata unilateralmente il 28 novembre dello stesso anno, a opera di fazioni filo-comuniste. I timori di avere un governo comunista indipendente all'interno dell'arcipelago indonesiano, soprattutto nelle fasi più concitate della *cold war*, portò l'Indonesia a invadere Timor Est su vasta scala (non senza il supporto dei governi occidentali) nel dicembre 1975 e a dichiararlo come la propria

27^a provincia il 17 luglio 1976, col nome di *Timor Timur*.

Il 30 agosto 1999 gli abitanti di Timor Est optarono per l'indipendenza attraverso un referendum organizzato dall'ONU, approvato a larga maggioranza della popolazione. Con ciò **essa è diventata la prima Nazione a raggiungere l'indipendenza nel XXI secolo.**

Bisogna precisare che, inoltre, la lingua principale parlata a Timor Est è stata l'indonesiano per i 25 anni di occupazione militare, ma oggi è la lingua *tetum* la più parlata nella capitale. *Tetum* e portoghese formano le due lingue ufficiali del Paese, che fa parte della Comunità dei Paesi di lingua portoghese. Indonesiano e inglese, inoltre, sono classificati dalla Costituzione di Timor Est come *lingue di lavoro*, indispensabili per i rapporti commerciali con i paesi della regione e della Comunità Internazionale.

3) Timor est nel Diritto Internazionale: il principio di “Autodeterminazione dei Popoli”.

I paragrafi che precedono mostrano una situazione particolarmente travagliata sia dal punto di vista storico che giuridico.

In particolare, le questioni di diritto internazionale, collegate all'isola di Timor *est* che è possibile porre in risalto, risultano molteplici; esse si presentano, in qualche modo, tutte collegate tra loro e mantengono la propria autonomia ed importanza giuridica, anche se non connesse direttamente alla presente controversia.

In primo luogo, richiamando una nota controversia internazionale del 1995 (*C.I.J.*, 30.6.1995, *Case Concerning East Timor, Portogallo c. Australia*), ponendoci sul piano socio-politico, risalta il principio di **Autodeterminazione dei Popoli**.

In particolare, esso presenta due differenti aspetti, tra loro interconnessi, ma con due diverse funzioni, ovvero si parla di **Autodeterminazione interna ed esterna**.

La prima investe i rapporti tra popolo e organizzazione politica interna-statale, ovvero il diritto di ogni popolo di avere un ordinamento rappresentativo e democratico. La seconda, invece, comporta il diritto di ogni popolo ad avere la forma statale che desidera nell'ambito, questa volta, della Comunità Internazionale.

Inoltre, buona parte della dottrina considera il principio di Autodeterminazione come

appartenente ad una più ampia categoria di norme internazionali (a volte, ancora oggi e per alcuni aspetti, molto incerte), ovvero quella dello *ius cogens*, con la conseguenza giuridica di produrre effetti *erga omnes*, ovvero, nei confronti di tutti i soggetti di diritto internazionale ed, in primis, gli Stati.

La Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Timor Orientale* (1995), pur non pronunciandosi sulla natura imperativa del principio in esame ha affermato che esso “è uno dei principi essenziali del diritto internazionale contemporaneo” statuendo la sua natura di norma istitutiva di obblighi *erga omnes* e con la relativa conseguenza di renderlo esigibile da parte di tutti i membri della Comunità Internazionale, come ribadito anche nel famoso parere sulla *Costruzione di un muro in Palestina* (2005).

L'autodeterminazione dei popoli costituisce, ad oggi, un principio fondamentale del diritto internazionale contemporaneo, in virtù del quale tutti i popoli hanno diritto a decidere autonomamente del proprio assetto politico, economico e sociale, così come ribadito nelle molteplici sedute delle Nazioni Unite.

Pertanto, la Corte internazionale di giustizia lo ha caratterizzato come un principio da cui derivano obblighi c.d. *erga omnes*, al cui rispetto hanno un interesse giuridicamente riconosciuto tutti gli Stati (e con loro tutti gli altri attori di diritto internazionale), in nome e per conto della Comunità Internazionale (si vedano: *C.I.J.*, 30.6.1995, *Case Concerning East Timor, Portogallo c. Australia*; *C.I.J.*, 9.7.2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, parere consultivo).

Secondo parte della dottrina, in ogni caso, il principio è diventato parte dello *ius cogens*, cioè di quel nucleo di norme **inderogabili** a tutela di valori fondamentali della stessa Comunità Internazionale.

4) Le potenziali ragioni (economiche) della controversia alla luce del Diritto Internazionale.

È importante ricordare che la disputa tra i due paesi riguarda principalmente i metodi di determinazione delle acque territoriali. Timor ha da sempre sostenuto il principio dei confini tracciati sulla base della linea dei punti equidistanti dalle coste (secondo il meccanismo della “linea retta di base” e della “linea mediana”), l'Australia, invece, afferma il suo diritto sulla sua piattaforma continentale (in base alla relativa norma di diritto internazionale consuetudinario).

Riprendendo quanto evidenziato dalla prof.ssa Gillian Triggs, esperta australiana di diritto internazionale, l'Australia non sarebbe mossa da brame economiche-finanziarie ma dal desiderio di non mettere a rischio la propria sovranità territoriale e marittima.

Sempre secondo Gillian Triggs, per il diritto e la giurisprudenza internazionale l'Australia è legittimata a rivendicare la propria sovranità sulla relativa piattaforma continentale. Inoltre, la decisione australiana di procedere **unilateralmente all'assegnazione delle licenze di esplorazione**, come sostenuto in passato, doveva essere interpretata essenzialmente come un'iniziativa per spingere i timoresi ad un accordo internazionale.

L'allora primo ministro di Timor, Alkatiri, sostenne che "*la legge internazionale impone all'Australia di astenersi dall'intervenire in zone marittime contese*". Egli, per sottolineare l'interesse economico sotteso alla vicenda territoriale, aggiunse che l'Australia avrebbe ricavato conseguentemente 1,5 miliardi dollari di introiti fiscali dai giacimenti Laminaria- Corallina. Egli, però, non fornì i dettagli su che base tale cifra fosse stata calcolata. Inoltre, non bisogna dimenticare che dal 2004 è avviata l'estrazione di gas dal giacimento Bayu-Undan, il primo entrato in produzione nel Mar di Timor.

Secondo l'allora Presidente di Stato di Timor, Gusmao, l'Australia avrebbe posto in essere una vera e propria **usurpazione** delle risorse del suo paese, uno dei più poveri del mondo, e che tale condotta, non solo illecita dal punto di vista internazionale, avrebbe potuto trasformarlo definitivamente in un paese fallito (*Failed State*) come Haiti. Timor, infatti, come evidenziato dalle proprie Istituzioni politiche, non dispone di altre risorse. Si aggiunse, anche, che sul piano internazionale, il successo dell'intervento delle Nazioni Unite sarebbe stato determinato dalla quantità di aiuti internazionali riversati nel paese, per il quale, al momento della sua indipendenza, l'Indonesia stessa aveva predetto il fallimento.

5) Timor est v. Australia nel Diritto Internazionale: la problematicità della delimitazione marittima (il caso della Piattaforma Continentale).

La questione principale di diritto internazionale (se pur settoriale) intorno alla quale, da un lato, ruota la disputa internazionale in esame e che, dall'altro, merita un'autonoma analisi, risulta essere l'effettiva delimitazione dei confini marittimi tra i due paesi sovrani.

Nell'impossibilità di prendere in esame tutti gli elementi giudici internazionali presenti nella vicenda in commento, è possibile riprendere, a mero titolo esemplificativo, le questioni rilevanti che suscita la disciplina inerente alla **Piattaforma Continentale**.

Ora, appare necessario richiamare alcuni aspetti inerenti al Diritto del mare così come regolato ai sensi della Convenzione di Montego Bay del 1982 (si sottolinea che una precedente Convenzione fu siglata a Ginevra 1958).

L'Australia, come detto, rivendica il suo diritto sulla Piattaforma Continentale. È necessario richiamare alla memoria che una norma di diritto internazionale consuetudinario formatasi nella seconda metà del secolo XX attribuisce allo Stato costiero diritti sovrani, ai fini dell'esplorazione e dello sfruttamento delle risorse naturali, sulle zone del fondo e del sottosuolo marino facenti parte della piattaforma continentale. In concreto, essa riconosce allo Stato costiero diritti sovrani sulla Piattaforma continentale relativamente all'**esplorazione e sfruttamento di tutte le risorse naturali (ad es. gas, minerali, petrolio ed idrocarburi)**. Si deve precisare che per risorse naturali si intende sia quelle minerarie sia le risorse biologiche sedentarie (sul fondo della Piattaforma). Si aggiunge che, ove fosse ritenuta fondata la posizione giuridica assunta dall'Australia, i diritti sulla Piattaforma sarebbero esclusivi, impedendo ad altri il relativo sfruttamento, e non necessiterebbero di nessuna autorizzazione o proclamazione.

Numerosi problemi si stagliano riguardano alla delimitazione interna ed esterna della Piattaforma stessa, ove molto spesso il limite interno coincide con il confine esterno del mare territoriale. Più complessa, invece, risulta la definizione di limite esterno.

Nel caso in esame risulta importante ricordare che in materia di delimitazione marittima della Piattaforma continentale la Convenzione di Ginevra del 1958 e quella di Montego Bay del 1982 dettano regole differenti nel caso in cui le coste dei due Stati di fronteggino o siano adiacenti.

L'art. 6 della Convenzione del 1958 prevede che la delimitazione vada effettuata tramite accordo fra gli Stati interessati. Viene stabilito, però, che in assenza di accordo, è data dalla "linea mediana" (cioè dalla linea i cui punti sono equidistanti dai punti più vicini delle linee di base di ciascuno di tali Stati, salvo correggere la linea mediana in base alla presenza di circostanze speciali (es. la presenza di isole vicine alla costa dell'altro Stato). Il punto debole di tale norma risulta proprio nel fatto che essa non è stata innalzata a norma di diritto internazionale consuetudinario dalla Corte

Internazionale di Giustizia (si veda: *Delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord del 1969*) e, pertanto, non risulta obbligatoria “in ogni caso”.

Al contrario, **l’art. 83 della Convenzione di Montego Bay del 1982** stabilisce che “*la delimitazione della piattaforma continentale [...] è effettuata mediante accordo sulla base del diritto internazionale [...] in modo da pervenire ad una soluzione equa*”. In sostanza, nel caso di specie, in attesa di un accordo definitivo gli Stati dovrebbero raggiungere un accordo che non leda la delimitazione conclusiva, ovvero, nel riprendere le parole di un’autorevole dottrina, provvedere ad “*arrangiamenti provvisori*” (B.Conforti).

È noto, tra l’altro, che la Corte Internazionale di Giustizia ha più volte ripreso la norma in commento, e ha affermato che raggiungere un accordo sulla base del diritto internazionale per garantire equità nella soluzione rappresenta una norma di diritto internazionale consuetudinario.

6) Conclusioni

Detto ciò e tirando le fila, è opportuno, preliminarmente, richiamare un frammento estratto dalla dichiarazione congiunta di entrambi i Paesi nella quale si statuisce quanto segue:

“The Commission and the Parties recognise the importance of providing stability and certainty for petroleum companies with interests in the Timor Sea and of continuing to provide a stable framework for petroleum operations and the development of resources in the Timor Sea. In the interest of avoiding uncertainty, the governments of Timor-Leste and Australia wish to record their shared understanding of the legal effects of the termination of the Treaty on Certain Maritime Arrangements in the Timor Sea as follows:[...]”

In questo frammento è possibile intravedere che entrambe le parti, dopo anni di disaccordi politici e giuridici, insieme alla Commissione di Conciliazione, sembrano aver intrapreso una strada congiunta, partendo, preliminarmente, proprio dal garantire a Timor *est* il diritto di recesso dall’accordo del 2006 accennato precedentemente.

Inoltre, entrambi i paesi riconoscono l’importanza delle risorse e, conseguentemente di fornire certezza e stabilità nella disciplina applicabile per tutte le compagnie petrolifere presenti in loco al fine di garantire uno sviluppo sostenibile.

In ogni caso, non bisogna dimenticare che **un passo in avanti** era stato già fatto proprio nel 2015. Con l'ordinanza dell'11.6.2015 la Corte Internazionale di Giustizia ha disposto la cancellazione dal ruolo della controversia tra Timor-Leste e Australia concernente il sequestro e la detenzione da parte dell'Australia di alcuni documenti e dati appartenenti a Timor-Leste, in seguito alla comunicazione da parte di quest'ultimo della volontà di interrompere il procedimento, avendo il Governo australiano provveduto alla loro restituzione, e in assenza di obiezioni dell'Australia.

In conclusione, è possibile affermare che, pur persistendo notevoli problematiche in ambito di diritto marittimo internazionale ed, in particolare, riguardo la certezza e stabilità delle disciplina ad oggetto lo sfruttamento delle risorse naturali e biologiche presenti nelle acque di confine, le negoziazioni non sembrano non poter raggiungere un risultato positivo tale da incidere, conseguentemente, sull'economia nazionale di entrambi i Paesi.

Note e riferimenti bibliografici

Conforti B., Diritto Internazionale, X Ed., Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, Pag. 283-311.

Ronzitti N., Introduzione al Diritto Internazionale, IV Ed., G.Giappichelli, Torino, 2013, Pag. 118-121.

Per Una Delucidazione Tecnica Della Sentenza "East Timor (Portugal C. Australia)" Si Veda questo [Link](#)

Per Un Approfondimento Generale Sulla Situazione Marittima Corrente Si Veda questo [Link](#)

Per Analizzare La Dichiarazione Congiunta Di Timor Leste E Australia Si Veda questo [Link](#)

IL PROCEDIMENTO EUROPEO PER LE CONTROVERSIE DI MODESTA ENTITÀ

Luci ed ombre sul procedimento europeo per la tutela delle cd. small claims. Obiettivo raggiunto o traguardo mancato?

Riccardo Bertini - Pubblicazione, giovedì 16 febbraio 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Premessa; 1. Ambito di applicazione; 3. Procedimento; 4. Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze; 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il Regolamento (CE) n. 861/2007 (1) introduce un procedimento uniforme il cui scopo è tutelare quelle situazioni giuridiche che rischierebbero di rimanere prive di tutela considerata la loro modesta entità. Affinché tali situazioni trovino riconoscimento e protezione all'interno di una dimensione transfrontaliera, il legislatore europeo ha fornito uno strumento processuale, caratterizzato da semplicità, proporzionalità e rapidità (2) nonché rispettoso del contraddittorio e della trasparenza (3). Si tratta di un procedimento a cognizione piena ed esauriente, alternativo rispetto ai procedimenti cd. ordinari e che consente di far ottenere all'attore una pronuncia di mero accertamento oppure condannatoria.

Il Regolamento si inserisce nell'ambito della cooperazione giudiziaria in ambito europeo e si affianca al Reg. (CE) n. 805/2004 sul titolo esecutivo europeo e al Reg. (CE) n. 1896/2000 sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, completando così il sistema di tutele previsto per le cd. *small claims*. Anche per il Regolamento in questione, il legislatore europeo prevede l'utilizzo di norme uniformi solamente per disciplinare l'ossatura del procedimento ma, per tutti gli aspetti non disciplinati, si rinvia alle norme dell'ordinamento dove si instaura il procedimento (cd. *lex fori*), con la conseguenza che il procedimento potrebbe subire innesti normativi diversi in ragione della differente disciplina degli Stati membri (4). Va segnalato infine che il legislatore è recentemente intervenuto, a parziale modifica, con il Reg. (UE) n. 2421/2015 (che entrerà in vigore il 14/07/2017) il quale ha previsto, fra le altre cose, l'innalzamento della soglia di valore oltre la quale le controversie non si possono considerare di modesta entità.

2. Ambito di applicazione

Il Regolamento si applica a tutti gli Stati membri della Comunità (oggi Unione) europea, ad eccezione della Danimarca, ed ha ad oggetto le sole controversie transfrontaliere, ovvero quelle controversie in cui almeno una delle parti ha il domicilio o la residenza abituale in uno Stato membro diverso da quello dell'organo giurisdizionale adito (art. 3.1).

Il Regolamento trova applicazione in materia civile e commerciale nelle controversie il cui valore, esclusi gli interessi, i diritti e le spese, non ecceda € 2.000 (con il Reg. 2421/2015 tale limite viene innalzato a € 5.000); il valore della domanda rileva alla data in cui l'organo giurisdizionale competente riceve il modulo standard allegato. In merito alla **competenza per valore**, un problema applicativo potrebbe essere quello del frazionamento del credito nell'ipotesi in cui l'attore limiti la pretesa creditoria dentro la soglia prevista dal Regolamento, riservandosi di agire contro il medesimo convenuto successivamente per la restante parte. Laddove ciò accada nel nostro ordinamento, all'interrogativo se ciò sia o meno possibile, si dovrebbe dare risposta negativa in quanto la Cassazione ha ritenuto che il frazionamento del credito è prassi contraria alla regola di correttezza e buona fede in quanto configura abuso del processo (5). A tale orientamento occorre a maggior ragione aderire all'interno di un procedimento caratterizzato da rapidità e snellezza e che quindi potrebbe mal tollerare un'eccessiva ripartizione del credito in più e diverse procedure connesse. In merito alla **competenza per materia**, si può invece notare come la giurisprudenza adotti un concetto piuttosto ampio di "materia civile e commerciale" ed in tal senso sono state considerate tali le controversie riguardanti le lesioni da reato (purché l'autore non fosse una pubblica autorità), la tutela inibitoria contro clausole commerciali abusive ed il pagamento di un'ammenda per far rispettare una decisione in materia civile e commerciale (6). In ogni caso, il Regolamento prevede esplicitamente che siano escluse dall'ambito in questione la materia fiscale, doganale o amministrativa o la responsabilità dello Stato per atti e omissioni nell'esercizio dei pubblici poteri (art. 2.1). Vengono inoltre escluse dal campo di applicazione del presente Regolamento le controversie riguardanti: a) lo Stato o la capacità giuridica delle persone fisiche; b) il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni e obbligazioni alimentari; c) i fallimenti, procedimenti relativi alla liquidazione di imprese o di altre persone giuridiche insolventi, accordi giudiziari, concordati e procedure affini; d) la sicurezza sociale; e) l'arbitrato; f) il diritto del lavoro; g) l'affitto di immobili, escluse le controversie aventi ad oggetto somme di denaro; h) la violazione della vita privata e dei diritti della personalità, inclusa la diffamazione (7).

3. Procedimento

L'**attore** introduce il procedimento in questione compilando ed inviando all'organo giurisdizionale competente la propria domanda, la quale viene predisposta dal Regolamento in moduli standard (il cui contenuto si trova nell'Allegato I del medesimo). La giurisdizione non viene disciplinata direttamente dal Regolamento in questione ma lo stesso rinvia al Regolamento Bruxelles I mentre la competenza verticale del giudice nazionale è rimessa alla *lex fori*, con la conseguenza che nel nostro ordinamento sarà competente il Giudice di Pace (ad eccezione di quelle controversie rimesse *ex lege* alla competenza del Tribunale, come ad esempio le controversie in materia di contratti agrari o in materia di diritto della navigazione). L'attore può proporre la domanda personalmente poiché il Regolamento non impone l'obbligo della difesa tecnica; ciò anche a prescindere da quello che prevede la normativa interna. Vi è da chiedersi tuttavia cosa possa accadere qualora la domanda, presentata personalmente dall'attore senza l'assistenza del difensore, venga proposta per una fattispecie per la quale al contrario il nostro ordinamento richiede la difesa tecnica. In tale ipotesi, potrebbe accogliersi quella soluzione che consente al giudice di assegnare alla parte un termine per la sanatoria del vizio (sanatoria che, in base alla legge 18 giugno 2009 n. 69, avrà valenza retroattiva).

La domanda deve poi indicare una descrizione delle prove a sostegno dei fatti allegati e deve essere accompagnata da ogni documento giustificativo pertinente, solamente "ove opportuno" (art. 4.1).

L'organo giurisdizionale verifica prima di tutto e preliminarmente che la domanda rientri nell'ambito di applicazione del Regolamento. Successivamente, il Giudice valuta se le informazioni fornite dall'attore siano pertinenti, siano sufficientemente chiare e qualora il modulo di domanda non sia stato completato correttamente, a meno che la pretesa non sia manifestamente infondata o la domanda sia irricevibile, invita l'attore ad un integrazione della stessa. Si tratterebbe in sostanza di un controllo solo parzialmente limitato ai presupposti di rito, poiché il Giudice ha comunque l'onere di valutare la manifesta fondatezza della pretesa attorea; tale ultimo controllo, onde evitare un'eccessiva dilatazione dei tempi processuali, dovrebbe comunque limitarsi ad una cognizione sommaria in quanto parziale della pretesa.

Il **convenuto** può esercitare il proprio diritto di replica entro trenta giorni dalla notifica della domanda, compilando un modulo standard (anch'esso allegato al Regolamento); lo stesso deve essere corredato, "ove opportuno", dei documenti giustificativi pertinenti.

Entro quattordici giorni dalla ricezione della replica del convenuto, l'organo giurisdizionale ne invia una copia all'attore ma qualora nella sua replica il convenuto abbia eccepito che il valore della controversia supera il limite stabilito, l'organo giurisdizionale deve decidere entro trenta giorni se la controversia rientra o meno nel campo d'applicazione del Regolamento. Eventuali domande riconvenzionali sono inviate anch'esse mediante moduli standard e l'attore ha trenta giorni per poter rispondere; qualora il valore della domanda principale e della riconvenzionale superi quello prescritto, anche in tal caso non si applica il procedimento in questione. Inoltre, sul punto occorre segnalare quella dottrina secondo cui la domanda riconvenzionale dovrebbe derivare dal medesimo fatto o contratto della domanda principale; difatti, qualora la domanda sia proposta nel nostro ordinamento, non esistendo una norma che preveda il rigetto della domanda perché proposta con il rito errato, il giudice sarà comunque costretto a separare il cumulo oggettivo in quanto solo la domanda dell'attore sarà trattata secondo il Regolamento mentre la riconvenzionale sarà trattata secondo la *lex fori* purché sussista la giurisdizione italiana (8).

Il procedimento si svolge per lo più in forma scritta, secondo quanto stabilito dalle norme del Regolamento; laddove le stesse non siano sufficienti, il legislatore prevede l'integrazione eteronoma in base alla *lex fori*.

Il Regolamento prevede che **l'organo giurisdizionale è tenuto a fissare un'udienza solamente laddove la ritenga necessaria** oppure sia richiesta da una delle parti; la richiesta può essere rigettata per iscritto laddove sia manifestamente superflua ed il rigetto non può essere autonomamente impugnato (9). Del resto, la *ratio* del Regolamento è quella di fornire all'attore una sentenza immediatamente esecutiva in tempi brevi. In ogni caso, si tratterebbe comunque di un potere del Giudice solo apparentemente discrezionale, in quanto è comunque concesso alle parti farne richiesta. Risulta inoltre dubbia l'ipotesi in cui l'organo giurisdizionale decida di non fissare l'udienza laddove vi sia stata la richiesta scritta di una delle parti (anche alla luce del fatto che ciò non costituisce autonomo motivo di impugnazione): in tal caso si dovrebbe quanto meno privilegiare una soluzione che nega un siffatto potere al Giudice in quanto l'esigenza di celerità del rito dovrebbe comunque tener conto del principio del contraddittorio e quindi il Giudice, laddove le parti lo richiedano, dovrebbe mettere le parti in grado di esplicitare le loro difese. Per ciò che attiene **la fase istruttoria** del procedimento, il Giudice determina i mezzi di assunzione delle prove indispensabili ai fini della decisione, secondo le norme applicabili in materia di ammissibilità previste dalla *lex fori*, ma il Regolamento gli permette di ammettere l'assunzione di prove tramite

dichiarazioni scritte di testimoni, esperti o parti (anche tramite videoconferenza o altri mezzi tecnologici di comunicazione, se disponibili). Il Giudice può invece disporre perizie o l'audizione di testimoni soltanto “*se ciò è necessario ai fini della sentenza*”. In tema di poteri istruttori dell'organo giurisdizionale, il Regolamento non attribuisce al giudice poteri diversi da quelli previsti dal diritto interno con la conseguenza che nel nostro ordinamento il Giudice non potrebbe comunque invocare poteri *ex officio* attribuiti sulla base del Regolamento.

In ogni caso, il Regolamento prevede che, entro trenta giorni dalla replica del convenuto o dall'eventuale riconvenzionale, il procedimento debba assumere uno dei diversi esiti previsti, in modo da evitare che lo stesso procedimento rimanga in una fase di stallo troppo a lungo. Il Giudice deve quindi emanare sentenza oppure: a) richiedere alle parti ulteriori dettagli in merito alla controversia entro e non oltre trenta giorni; b) assumere le ulteriori prove; c) ordinare la comparizione delle parti fissando un'udienza *ad hoc* da tenersi entro e non oltre trenta giorni.

4. Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze

Il Giudice emette sentenza entro trenta giorni dalle eventuali udienze o dalla ricezione di tutte le informazioni necessarie ai fini della pronuncia.

La sentenza è immediatamente esecutiva (art. 15.1) nonostante sia prevista una limitata possibilità di riesame della stessa da parte del convenuto (ed una limitata possibilità di richiedere la sospensione dell'esecutività). Il convenuto infatti è legittimato a richiedere un **riesame della sentenza**, dinanzi all'organo giurisdizionale competente dello Stato membro in cui è stata emessa. La *ratio* è quella di fornire al convenuto un secondo grado di giudizio anche laddove la legge dello Stato membro, in cui è stato promosso il procedimento, nulla preveda. La disciplina di tale procedimento viene tuttavia rimessa ancora una volta alla *lex fori*, con evidente frustrazione delle ragioni di uniformità delle diverse normative nazionali. Nel caso in cui il procedimento sia stato introdotto in Italia, vi è da ritenere che la pronuncia del Giudice delle prime cure sia sempre impugnabile e ricorribile in Cassazione. I motivi di gravame previsti dal Regolamento coincidono in ogni caso con le seguenti ipotesi: a) il modulo di domanda o la citazione a comparire sono stati notificati con un metodo che non fornisce la prova che gli atti sono stati ricevuti da lui personalmente e la notificazione e/o comunicazione non è stata effettuata in tempo utile a consentirgli di presentare la propria replica, per ragioni a lui non imputabili; b) il convenuto non ha avuto la possibilità di contestare la domanda a causa di situazioni di forza maggiore o di circostanze eccezionali, per ragioni a lui non

imputabili. Si tratta quindi di ipotesi legate alla contumacia del convenuto che nel nostro ordinamento trovano comunque tutela all'interno degli artt. 327 e 375 c.p.c. Per entrambi i motivi di gravame, è tuttavia necessario che il convenuto agisca tempestivamente e qualora l'organo giurisdizionale respinga la domanda di riesame in base al fatto che nessuno dei motivi è applicabile, la sentenza rimane esecutiva. Se al contrario l'organo giurisdizionale decide che il riesame è fondato, la sentenza emessa nell'ambito del procedimento in questione è nulla.

Per ciò che attiene il **riconoscimento delle sentenze**, la sentenza emessa in uno Stato membro nell'ambito del procedimento “è riconosciuta in un altro Stato membro senza che sia necessaria una dichiarazione di esecutività e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento” (art. 20.1). Viene quindi ribadito il principio europeo del mutuo riconoscimento delle sentenze all'interno degli Stati membri dell'Unione. Gli aspetti che invece rimangono disciplinati dalle norme interne sono il momento in cui la pronuncia diventa idonea ad un accertamento extraprocessuale e i limiti oggettivi, soggetti e temporali di efficacia dell'accertamento. Inoltre, nonostante il riconoscimento venga dettato con una norma uniforme, al contrario il procedimento di **esecuzione della sentenza** viene disciplinato facendo riferimento alla *lex fori*. La parte che richiede l'esecuzione della sentenza è tenuta a fornire una copia della sentenza ed il certificato di esecutorietà e tale controllo -che il nostro ordinamento attribuisce al cancellerie- viene attribuito dal Regolamento al Giudice. Il legislatore prevede infine una norma uniforme secondo cui, in ogni caso, l'unico motivo legittimo per il quale uno Stato membro può rifiutarsi di eseguire una sentenza è quello in cui la medesima sia in conflitto con una precedente sentenza passata in giudicato, riconosciuta ed eseguita e contro la quale l'esecutato non abbia avuto facoltà di far valere il contrasto. La *ratio* della norma è evidentemente quella di evitare che vi siano più pronunce in contrasto tra loro. Si deve trattare tuttavia di pronunce aventi identità di oggetto e soggetti perché il giudice disponga il veto all'*exequatur*. Peraltro vi è da ritenere che tale motivo di legittimo rifiuto dell'esecuzione possa ampliare il novero delle eccezioni che la parte può esperire nel procedimento di opposizione all'esecuzione previsto dal nostro ordinamento a gli artt. 615 ss c.p.c.

5. Conclusioni

Il legislatore europeo introduce un procedimento uniforme per le cd. *small claims*, dotato di un discreto potenziale ma che ha trovato tuttavia scarsa applicazione nella prassi

giudiziarica del nostro paese (11). Le ragioni sono varie ma in ogni caso potrebbero essere ricondotte alla struttura del Regolamento stesso, dal momento che sia le lacune previste nel dispositivo che il rinvio alle norme dell'ordinamento in cui si intende promuovere il procedimento, impongono all'attore (anche direttamente, considerato che non è necessaria la difesa tecnica) la conoscenza almeno parziale delle norme processuali di quell'ordinamento. Aspetto di non secondaria importanza anche alla luce del fatto che taluni ordinamenti, come il nostro ad esempio, prevedono spesso la difesa tecnica; ciò risulta evidente nel caso in cui il convenuto contumace decida di proporre il riesame della sentenza. Considerato che il Regolamento rimette la disciplina del gravame all'ordinamento dove è stato proposto il procedimento, non si può che ritenere operativo l'obbligo della difesa tecnica laddove tale ordinamento sia quello italiano. Del resto tale divario normativo, tra il Regolamento e il nostro ordinamento, è percepibile anche considerando che vi è una discreta differenza tra l'oggetto della domanda così come previsto dal Regolamento e l'oggetto così come previsto da gli artt. 163 e 414 c.p.c., in quanto solamente il primo presenta alcuni elementi del secondo. Infatti, l'art. 163 c.p.c. (ma si potrebbe fare riferimento anche allo stesso art. 318 c.p.c. per le controversie dinanzi al Giudice di Pace) prescrive - a pena di nullità - oltre al *cd. petitum* anche la *cd. causa petendi* mentre il Regolamento sembra fare riferimento solamente al primo dei requisiti. Inoltre, nonostante in dottrina (12) sia stato sostenuto che il *gap* tra le norme uniformi e quelle nazionali sia minore nel giudizio di primo grado rispetto al secondo, a parere di chi scrive ciò risulta parzialmente vero. Infatti, come sopra evidenziato, numerose volte il Regolamento rinvia alla disciplina nazionale. Anche se tale evidenza è comunque giustificabile, poiché gli Stati membri sono spesso restii ad abbondare una prospettiva territoriale, tuttavia il dato rimane e ciò comporta un notevole sforzo non solo per l'interprete ma anche per chi poi concretamente si trova ad applicare il Regolamento in questione. In ciò probabilmente si cela la diffidenza verso un procedimento, già di per sé poco conosciuto, che rimette le parti ad un continuo sforzo di adattamento tra le regole europee e quelle dell'ordinamento nazionale. In questo senso il legislatore europeo avrebbe forse potuto fare di più ma forzare troppo la mano spesso significa rischiare di romperla e possiamo quindi concludere -per rispondere alla domanda iniziale- che il traguardo è stato almeno parzialmente raggiunto.

Note bibliografiche e bibliografia

- 1) Regolamento (CE) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2007 che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità;
- 2) Considerando n. 8 Reg. (CE) n. 861/2007;
- 3) Considerando n. 9 Reg. (CE) n. 861/2007;

- 4) M. Mellone, A. Pancaldi, Il nuovo regolamento comunitario sulle controversie di modesta entità, in *Diritto dell'Unione europea*, 2008, pag. 281 ss;
- 5) Cassazione, Sez. unite, 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. Diritto Civile*, 2008, pag. 335;
- 6) *Sonntang c. Waidamm* (C - 172/91, Raccolta 1993, pag. I- 1963); *Verein für Konsumenteninformation c. Karl Heinz Henkel* (C - 167/00, pag. I- 8111); *Realchemie Nederland BV c. Bayer CropScience AG* (C- 406/09);
- 7) Si tratta peraltro di materie per le quali il legislatore europeo detta una regolamentazione a se stante, come nel caso delle procedure fallimentari dove trova applicazione il Reg. (CE) n. 1346/2000 (oggi sostituito dal Reg. UE n. 848/2015);
- 8) E. D'Alessandro, Regolamento 11 luglio 2007 n. 8612 istitutivo di un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, *Judicium*;
- 9) Il Reg. (UE) n. 2421/2015 prevede che il Giudice possa rigettare la richiesta laddove la stessa sia “tenuto conto delle circostanze del caso, superflua per l’equa trattazione del procedimento”;
- 10) Considerando n. 30 Reg. (CE) n. 861/2007;
- 11) Di recente Trib. Milano, sentenza 26 maggio 2016;
- 12) E. D'Alessandro, op. cit.

LA PRESCRIZIONE DEL REATO E I CAMBI DI PROSPETTIVA SULLA SUA NATURA.

Breve excursus del dibattito sulla natura della prescrizione, alla luce della più recente giurisprudenza europea e italiana.

Stefania Tirella - Pubblicazione, venerdì 17 febbraio 2017
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario. 1. Introduzione. - 2. La disciplina della prescrizione del reato. 3. Il “caso Taricco” e le diverse reazioni della giurisprudenza italiana. - 4. La questione della natura della prescrizione: qual è la vera posta in gioco? - 5. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della Corte Costituzionale: l'ordinanza n. 24 del 2017.

1. Introduzione.

La prescrizione del reato è stata tradizionalmente considerata dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiane un istituto di natura sostanziale, assoggettato pertanto al principio di legalità. Tale assunto è stato recentemente messo in discussione dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza “Taricco”, trovando tuttavia forti resistenze nel nostro ordinamento, tanto a livello giurisprudenziale quanto a livello dottrinario. Della questione è stata persino investita la Corte Costituzionale, la quale, posta di fronte all'alternativa di mutare opinione sulla natura della prescrizione o attivare i c.d. “controlimiti”, ha preferito optare per un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Lo scontro non è pertanto ancora giunto a conclusione, ma è anzi più vivo che mai, avendo assunto la dimensione di un contrasto che rischia di minare le fondamenta dei pilastri del nostro diritto penale.

Il mantra “ce lo chiede l'Europa” avrà la meglio anche stavolta? Posto che la Corte Costituzionale non ha mostrato di cambiare convincimento sulla natura sostanziale della prescrizione del reato e sulla conseguente necessità di sottoporla al principio di legalità, la Corte di Giustizia chiederà all'ordinamento italiano di sacrificare quest'ultimo sull'altare degli interessi finanziari dell'Unione Europea, in nome dei quali si intende imporre la disapplicazione in malam partem di una norma interna? É davvero

opportuno per la Corte Costituzionale ribadire in maniera ferma la natura sostanziale della prescrizione, non cedere su questa che, a parere di autorevole dottrina^[1], è parsa una pura questione di principio, ponendo così le basi per un contrasto inconciliabile tra diritto interno e diritto europeo? Non resta che attendere i futuri sviluppi.

2. La disciplina della prescrizione del reato.

La prescrizione del reato è una causa estintiva del reato costituita dal decorso di un termine (variabile a seconda della gravità del reato stesso) senza che si sia giunti ad una sentenza irrevocabile. Le ragioni poste alla base di tale istituto sono molteplici. In primo luogo, la prescrizione rappresenta una perdita di interesse da parte dello Stato all'esercizio di una funzione repressiva rispetto ad una condotta ormai risalente nel tempo, essendo venute meno le esigenze di prevenzione generale che giustificano la sanzione.

Da un punto di vista di prevenzione speciale, invece, la prescrizione si giustifica in quanto il soggetto potrebbe a distanza di anni aver già mutato le proprie abitudini di vita, aver preso le distanze dall'errore commesso in passato e non necessitare più di una misura rieducativa, quale è appunto, la sanzione penale. Sarebbe inoltre iniquo lasciar pendere sul capo dell'imputato la spada di Damocle del processo per un tempo indefinito, con tutte le conseguenze che ne scaturiscono sul piano lavorativo e personale.

La prescrizione è tuttavia sempre rinunciabile, in quanto l'imputato potrebbe avere interesse ad un accertamento definitivo della propria innocenza, eliminando quelle ombre che inevitabilmente permangono quando un processo si chiude senza un accertamento definitivo della verità.

È prevista invece l'imprescrittibilità per i reati puniti con la pena dell'ergastolo. In considerazione della loro gravità, l'interesse statale alla loro repressione non viene mai meno e sarebbe d'altra parte intollerabile che la responsabilità per un fatto tanto grave non venisse accertata a causa delle lungaggini eccessive del processo.

Il termine di prescrizione coincide generalmente con il limite edittale massimo di pena, senza che vengano in considerazione le circostanze aggravanti o attenuanti. La legge stabilisce in ogni caso che il termine di prescrizione non possa essere inferiore a 4 anni per le contravvenzioni e a 6 anni per i delitti. Per alcuni reati, la legge prevede inoltre un raddoppio del termine.

Il termine può essere soggetto a sospensione o a interruzione.

Nel primo caso, il termine si sospende per il tempo necessario a rimuovere l'ostacolo alla prosecuzione del processo e la porzione di tempo già trascorsa si somma a quella successiva alla cessazione della causa di sospensione.

Nel secondo caso, il termine di prescrizione già decorso viene meno e comincia a decorrere *ex novo et ex integro*. L'applicazione rigorosa di questa disciplina sui termini di interruzione potrebbe portare tuttavia a dilatare eccessivamente i termini fino a rendere di fatto imprescrittibili reati che, per legge, non lo sono. Per tale motivo, il legislatore individua, all'art. 160 ultimo comma c.p, un limite, stabilendo un tetto massimo per il prolungamento dei termini. Fatta eccezione per i reati di cui all'art. 51 commi 3 bis e 3 quater c.p.p, il ricorrere di più atti interruttivi non può dilatare di oltre un quarto il termine massimo necessario a prescrivere. È proprio questa la norma che, secondo la Corte di Giustizia, si pone in contrasto con il diritto dell'Unione quando la sua applicazione comporti la compromissione degli interessi finanziari della Unione stessa.

Riferimenti normativi:

Art.160, ultimo comma c.p, Interruzione del corso della prescrizione

La prescrizione interrotta comincia nuovamente a decorrere dal giorno della interruzione. Se più sono gli atti interruttivi, la prescrizione decorre dall'ultimo di essi; ma in nessun caso i termini stabiliti nell'articolo 157 possono essere prolungati oltre i termini di cui all'articolo 161, secondo comma, fatta eccezione per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale.

Art. 161, secondo comma c.p, Effetti della sospensione e della interruzione

Salvo che si proceda per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere, della metà nei casi di cui all'articolo 99, secondo comma, di due terzi nel caso di cui all'articolo 99, quarto comma, e del doppio nei casi di cui agli articoli 102, 103 e 105.

3. Il “caso Taricco” e le diverse reazioni della giurisprudenza italiana.

Mi limiterò qui di seguito a ricordare brevemente i termini della questione, già trattati in precedenza in maniera completa ed esaustiva in questa rivista, in due articoli di Fabio

Zambuto.

1. Gli interessi finanziari dell'Unione prevalgono sulla disciplina della prescrizione del reato (e sul principio di legalità).

2. Cassazione: niente limite alla prescrizione in materia di reati tributari.

La Corte di Giustizia della UE, con la sentenza Taricco del settembre del 2015, afferma l'incompatibilità delle norme di cui agli artt. 160 ultimo comma e 161 comma 2 c.p con la normativa comunitaria, nella misura in cui impediscono allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE), quando comportano l'estinzione del reato per prescrizione rispetto a fatti che siano effettivamente gravemente lesivi dei medesimi interessi.

La Corte di Giustizia ravvisa inoltre un secondo profilo di contrasto tra la normativa interna e quella europea nel fatto che i termini di prescrizione previsti nei casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato italiano sono più lunghi rispetto a quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Conseguenza di tale incompatibilità è la disapplicazione delle stesse norme, anche rispetto a quei soggetti che abbiano commesso il fatto prima della sentenza della Corte di Giustizia e che quindi abbiano determinato il proprio comportamento alla luce di una disciplina diversa da quella risultante dalla disapplicazione e certamente più favorevole per il reo.

Il altre parole: ipotizziamo che il reo commetta il fatto illecito sapendo che per quel reato è previsto dal codice penale un determinato termine di prescrizione che, anche al ricorrere di più cause di interruzione, non si dilaterà oltre un certo tetto massimo. Il termine massimo di prescrizione matura, ma la Corte di Giustizia impone al giudice nazionale la disapplicazione della norma e (qualora sussistano gli altri requisiti della responsabilità penale) la conseguente condanna dell'imputato.

La portata dirompente della sentenza è evidente: la disapplicazione di una norma interna contrastante con il diritto europeo avverrebbe infatti in malam partem. È ammissibile un simile risultato? La giurisprudenza nazionale si è divisa, tra chi ha ritenuto di dover seguire l'impostazione della Corte di Giustizia e chi ha invece continuato a sostenere l'inammissibilità di una simile impostazione.

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 2210/2016^[2], ha per esempio seguito pedissequamente la tesi della disapplicazione delle norme contestate, negando che la disciplina della prescrizione soggiaccia al principio enunciato nel brocardo “*nullum crimen sine lege*”, sancito non solo dalla nostra legislazione ordinaria e dalla Costituzione, ma anche dall'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Per pervenire a tale conclusione, la Corte di legittimità, in controtendenza rispetto alla tradizionale configurazione dell'istituto, ha dunque affermato la natura processuale della prescrizione, con la inevitabile sottrazione alla garanzia della irretroattività della legge penale successiva più sfavorevole.

Le ragioni poste alla base di tale assunto sono molteplici.

Il primo argomento è che l'Italia, avendo ratificato il Quarto Protocollo della Convenzione d'Europa sull'estradizione, avrebbe accettato il principio secondo il quale l'estradizione sarebbe consentita anche nel caso in cui il reato per il quale lo Stato richiedente procede si sia prescritto nell'ordinamento italiano, così negando implicitamente alla prescrizione la natura di elemento della fattispecie penale.

Il secondo argomento consisterebbe nella natura meramente dichiarativa e non costitutiva della sentenza della Corte di Giustizia. L'imputato non potrebbe dolersi pertanto dell'applicazione a suo sfavore di una norma già esistente nell'ordinamento e dalla quale già discendeva l'illegittimità della norma italiana di vantaggio. L'imputato avrebbe cioè potuto prevedere tale epilogo e autodeterminarsi di conseguenza.

Diversamente dalla Corte di Cassazione, la Corte d'Appello di Milano ha apertamente sollecitato la Corte Costituzionale ad azionare i “controlimiti”, con un'ordinanza del 18 settembre 2015. In particolare, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale sull'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130 con la quale viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, *"nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 TFUE, dalla quale - nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco - discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma c.p. in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con*

l'art. 25, secondo comma, Cost.".

La Corte richiama infatti la costante giurisprudenza della stessa Corte Costituzionale, orientata nel senso di affermare la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, in quanto tale soggetto al principio di legalità di cui all'art. 25 comma 2 Costituzione.

La questione è tra l'altro, nel caso sottoposto all'attenzione della Corte d'Appello, rilevante, in quanto ricorrono nel caso di specie tutti presupposti in presenza dei quali la Corte di Giustizia chiede la disapplicazione delle norme interne. Si tratta infatti di reati gravi, avendo gli imputati evaso l'Iva (una quota della quale deve essere girata automaticamente al bilancio europeo) per diversi milioni di euro, con la conseguenza che la dichiarazione della prescrizione maturata rispetto a tali imputati comporterebbe l'impossibilità di infliggere sanzioni effettive e dissuasive *"in un numero considerevole di casi di frodi gravi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea"*.

4. La questione della natura della prescrizione: qual è la vera posta in gioco?

Se questi sono i termini del dibattito giurisprudenziale, autorevole dottrina^[3] ha messo in luce quali rischi deriverebbero dall'accoglimento della impostazione prospettata dalla Corte di Giustizia.

Secondo questo Autore, il primo punto fermo da individuare sarebbe la natura sostanziale della prescrizione, che risponderebbe al problema del bisogno di punire e non alle forme del procedere.

La prescrizione individuerebbe il giusto tempo dell'oblio, decorso il quale il reato si estingue. Trattandosi dunque di una causa di estinzione del reato, non potrebbe che trovare idonea collocazione nell'ambito del diritto penale sostanziale (risultando infatti disciplinata per lo più nel codice penale).

La prescrizione presenterebbe inoltre una natura ibrida. Da un lato funge infatti da garanzia costituzionale del cittadino nei confronti dello Stato, volta a porre un termine a quella che, in caso contrario, diventerebbe una *"giustizia infinita"* che non terrebbe conto della reale e viva esigenza di adeguare la risposta del potere repressivo statale alle reali istanze sanzionatorie da parte della collettività.

Dall'altro lato, è innegabile che la prescrizione presenti anche la natura meno nobile di

“istituto disfunzionale”, in quanto viene ad essere applicata quando, evidentemente, il processo sia durato oltre i termini che possano dirsi “ragionevoli” e sufficienti a pervenire ad un accertamento della verità processuale.

Detto questo, tale dottrina si è posta un interrogativo: cosa accadrebbe se una legge intervenisse a recepire il contenuto della sentenza della Corte di Giustizia e, ribadendo la natura sostanziale della prescrizione, stabilisse pertanto l'obbligo per il giudice nazionale di non applicare le norme sul tetto massimo della prescrizione quando *“la normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione”*? Una tale norma sarebbe costituzionalmente legittima?

Forse no. Potrebbero infatti prospettarsi molteplici profili di contrasto.

In primis, potrebbe ravvisarsi un attrito con il principio per cui la pena, oltre ad avere funzione repressiva, deve tendere alla rieducazione del condannato. Potrebbe allora ritenersi rieducativa una pena la cui applicazione sia legata non alla gravità della condotta, bensì alla necessità di tutelare più efficacemente gli interessi finanziari dell'unione Europea?

In secondo luogo, il giudice sarebbe chiamato ad applicare la pena sulla base della *“valutazione relativa agli effetti in termini di immunità di un numero rilevanti di frodi determinato dalla vigente disciplina sull'interruzione della prescrizione”*. Il giudice sarebbe dunque chiamato a valutare l'adeguatezza o meno di una norma ad evitare l'impunità. Si tratterebbe insomma di una questione di politica del diritto penale, che competerebbe al legislatore, con conseguente violazione del principio di separazione dei poteri.

Infine, potrebbe prospettarsi un contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale. La decisione di applicare o meno la pena (e ancora più a monte di disapplicare la norma sulla prescrizione) dipenderebbe infatti non solo dalla valutazione relativa al fatto attribuito al singolo imputato, ma ad esigenze più generali di law enforcement.

La disciplina imposta dalla Corte di Giustizia con la sentenza Taricco sarebbe allora davvero costituzionalmente legittima, anche laddove venissero superati quei dubbi sulla illegittimità costituzionale per contrasto con il principio di legalità sotto il profilo della irretroattività sfavorevole?

5. Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte della Corte Costituzionale: l'ordinanza n. 24 del 2017.

La Corte Costituzionale, lungi dal prendere posizione sul punto, ha nuovamente rinviato la questione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ribadendo con forza il proprio convincimento circa la natura sostanziale della prescrizione, esponendo alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti:

"1. se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;

2. se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;

3. se la [sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea 8 settembre 2015 in causa C-105/14, Taricco](#), debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro."

La Corte Costituzionale ha quindi prospettato apertamente un possibile conflitto tra i principi fondamentali del nostro ordinamento e le fonti europee.

Le strade che a questo punto la Corte di Giustizia potrà percorrere sono essenzialmente due.

La prima sarebbe quella di fare un passo indietro e “correggere la propria presa di posizione relativamente alla natura della prescrizione, di fatto però così svuotando di efficacia reale la sentenza Taricco.

La seconda strada sarebbe invece quella di insistere sulla natura meramente processuale dell'istituto, correndo però così il rischio, tutt'altro che astratto, che la Corte Costituzionale decida di usare lo scudo dei "controlimiti", motivandolo alla luce di un insanabile contrasto tra i principi fondamentali della Costituzione e del diritto penale italiano e l'ordinamento europeo.

Note e riferimenti bibliografici

[1] F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Diritto Penale e contemporaneo*, 14 settembre 2015.

[2] Cass. Pen. Sez. III, sent. 17/09/2015 n. 2210

[3] D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte Costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 1/2016.

GLI STRUMENTI DEFLATTIVI DEL CONTENZIOSO TRIBUTARIO

Molteplici sono gli strumenti alternativi al giudizio ravvisabili nell'ordinamento tributario. Ciò risponde all'esigenza di evitare il contenzioso, qualora sia possibile risolvere la controversia in via preventiva ed evitare, in tal modo, l'instaurazione di un giudizio ordinario cercando di limitare il dispendio di tempo e di denaro.

Daniela Mendola - Pubblicazione, sabato 18 febbraio 2017
Redattore: **Ilaria Ferrara**

Sommario: 1. Premessa: gli strumenti deflattivi del contenzioso tributario; 2. Interpello; 3. Autotutela; 4. Accertamento con adesione; 5. Mediazione tributaria; 6. Conclusioni

1. Premessa: gli strumenti deflattivi del contenzioso tributario

Molteplici sono gli istituti deflattivi del processo tributario, attivabili in fase procedimentale. Tali strumenti sono finalizzati a ridurre in modo significativo il contenzioso, mirando ad una risoluzione delle controversie in via preventiva. Come noto, il processo tributario è caratterizzato da una natura essenzialmente documentale e da una brevità dei tempi. E' forse in ragione di tale esigenza di garantire la brevità che sono stati istituiti una serie di strumenti deflattivi quali: l'interpello, l'autotutela, l'accertamento con adesione, e la mediazione tributaria.

2. Interpello

Si tratta di uno strumento finalizzato ad evitare il contenzioso e può essere attivato solo prima che abbia avuto inizio il processo tributario. L'interpello[1] risponde ad un principio di leale collaborazione[2] e buona fede[3] nei rapporti tra Amministrazione Finanziaria e contribuente. Esso trova cittadinanza all'articolo 11 della legge 212/2000 rubricato "Diritto di interpello". Esso è figlio della riforma fiscale di cui alla legge delega 23/2014, atteso che anteriormente alla riforma la rubrica della disposizione prevedeva "Interpello del contribuente". Tale mutamento di rubrica dimostra che il legislatore ha aumentato la soglia di tutela prevista per il contribuente riconoscendo in capo a quest'ultimo un vero e proprio diritto soggettivo oggetto di tutela.

L'articolo 11 prevede una serie di interpelli: interpello ordinario, qualificatorio, antiabuso e disapplicativo. L'interpello ordinario opera in ossequio al principio di chiarezza delle disposizioni normative, in quanto può essere proposto al fine di ottenere dall'Amministrazione Finanziaria l'interpretazione di una norma che presenta caratteri di obiettiva incertezza nell'interpretazione. In altre parole il contribuente chiede all'Amministrazione Finanziaria come vada interpretata una determinata norma giuridica che risulta di dubbia interpretazione. Ma una dubbia interpretazione oggettiva e non limitata al contribuente che ha richiesto l'intervento in chiave interpretativa. L'interpello si propone a mezzo di istanza cartacea contenente l'indicazione puntuale e dettagliata della norma di cui si chiede l'interpretazione e, necessariamente, deve contenere l'interpretazione che lo stesso contribuente ha dato alla norma. L'Amministrazione finanziaria ha novanta giorni di tempo per fornire una risposta e, in mancanza, opererà il silenzio assenso. Per tale ragione riveste particolare importanza l'indicazione dell'interpretazione del contribuente, perché il contegno dell'Amministrazione significherà condivisione con l'orientamento del contribuente. Certezza del diritto e legittimo affidamento[4] tornano ad essere il cardine dell'ordinamento tributario.

Il principio del legittimo affidamento costituisce il corollario del principio della certezza del diritto, che esige che le norme giuridiche siano chiare e precise, ed è diretto a garantire la prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto comunitario e consente la deroga alla regola di diritto positivo qualora una sua applicazione produca conseguenze irragionevoli a causa di un comportamento tenuto dall'autorità comunitaria in un determinato caso di specie[5].

Oltre che ordinario, l'interpello può essere qualificatorio qualora il contribuente abbia chiara l'interpretazione della norma, ma non è certo della disciplina da applicare e, dunque, della qualificazione della norma.

Ai suddetti interpelli si aggiungono l'interpello antielusivo con cui il contribuente chiede all'Amministrazione Finanziaria se la sua condotta integra gli estremi di una condotta fiscalmente rilevante e, dunque, a carattere elusivo. Ancora, l'interpello disapplicativo[6]. In tale caso il contribuente sa che la sua condotta integra gli estremi di una condotta fiscalmente rilevante e chiede all'Amministrazione Finanziaria la disapplicazione della norma antielusiva atteso che la sua condotta è stata determinata da ragioni di impossibilità oggettiva di tenere una condotta differente. Infine, l'interpello probatorio con cui si chiede all'Amministrazione Finanziaria se i documenti in possesso

sono idonei all'applicazione di un determinato regime fiscale.

3. Autotutela

L'autotutela[7] rappresenta un potere riconosciuto all'Amministrazione Finanziaria per rimuovere un atto illegittimo. In altre parole l'Amministrazione Finanziaria torna sui suoi passi, dopo essersi resa conto di aver commesso un errore nell'emanazione di un provvedimento che si presumeva legittimo. L'autotutela[8] trova fonte costituzionale nell'art. 97 della Costituzione che enuncia il principio di buon andamento e imparzialità della Pubblica Amministrazione. L'autotutela può avere luogo *ex officio* ovvero ad istanza di parte ed è un istituto a carattere trasversale, perché, è di derivazione amministrativa e applicabile anche al procedimento tributario. Per ciò che concerne l'autotutela d'ufficio la disciplina è recepita direttamente dall'articolo 21 *nonies* della l. 241/90 a tenore del quale *“il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”*. Ecco che, dalla norma si evince che la Pubblica Amministrazione è chiamata ad effettuare un bilanciamento di interessi e valutare l'interesse preminente. Se prevale il pubblico interesse procede all'annullamento dell'atto. Tuttavia, anche il contribuente può rivolgere all'Amministrazione Finanziaria una richiesta di ritiro dell'atto, qualora si sia reso conto di un errore nell'atto emesso. In tal caso l'Amministrazione finanziaria sarà chiamata ad un'analisi ben più accurata, perché è lo stesso contribuente a formulare la richiesta e reclama il ritiro preventivo dell'atto al fine di evitare il contenzioso, in ossequio ad un principio di leale collaborazione. Secondo una parte della giurisprudenza l'esercizio dei poteri[9] di autotutela[10] ha carattere discrezionale, per cui è da escludere la sussistenza di un obbligo di provvedere in merito[11].

4. Accertamento con adesione

L'avviso di accertamento che, come noto, è il provvedimento con cui l'Amministrazione Finanziaria ridetermina la pretesa erariale effettuando il prelievo fiscale, può contenere un'istanza cd. di adesione. L'Ufficio consente al contribuente di presentare, nel termine previsto per la proposizione di un ricorso (sessanta giorni), istanza di accertamento con adesione che sospende i termini per circa novanta giorni, termine entro cui il contribuente e l'Ufficio possono addivenire ad un accordo. Con l'istanza di accertamento con adesione il contribuente chiede all'ufficio un confronto preventivo e utile ai fini del

raggiungimento di un accordo. Possono esservi anche più incontri tra le due parti, ovvero Ufficio e contribuente, fino a quando non si sia raggiunto un accordo.

L'istanza di accertamento con adesione è proponibile in carta semplice e deve contenere l'indicazione della generalità del contribuente e del difensore, nonché i codici fiscali rispettivi. Il contribuente avrà cura di indicare gli elementi, in fatto e in diritto, posti alla base della sua richiesta. Dal contraddittorio tra le parti può scaturire un abbattimento delle sanzioni pari almeno al 30%, senza che ciò comporti una decurtazione del *quantum* che resta nella misura originaria. Le parti si confrontano tra loro e, in particolare, il contribuente manifesta le sue esigenze. Non è detto, tuttavia, che dal contraddittorio nasca un accordo, né che l'Amministrazione Finanziaria accetti la proposta formulata dal contribuente. Qualora non si addivenga ad un incontro di volontà resta salva la possibilità del contribuente di impugnare l'atto impositivo a mezzo di ricorso.

5. Mediazione tributaria

L'articolo 17 bis del D. Lgs. 546/92 disciplina l'istituto della mediazione tributaria. Creato in risposta alla direttiva del 2010 che indirizzava gli Stati verso un deflazionamento del contenzioso tributario, pur lasciandoli liberi nella scelta dei mezzi da utilizzare, la mediazione tributaria è a tutti gli effetti da considerarsi un *Alternative Dispute Resolution*. Il contribuente presenta un ricorso che varrà automaticamente come reclamo/ mediazione. In altre parole nel termine di sessanta giorni il contribuente propone ricorso che notifica all'Ufficio e nei successivi novanta giorni l'Ufficio contatterà il contribuente per cercare di addivenire ad un accordo.

A differenza delle forme di mediazione disciplinate per le altre branche del diritto, la mediazione tributaria sarà svolta non da un soggetto terzo, ma dallo stesso Ufficio che ha emesso l'atto impugnato e soggiace a dei limiti tassativamente previsti dalla legge, come ad esempio le cause sottoponibili a procedimento di mediazione tributaria: sono soggette obbligatoriamente al procedimento di mediazione tributaria le cause il cui valore sia inferiore a ventimila euro. A differenza dell'accertamento con adesione, l'incontro di volontà potrà riguardare anche il quantum della pretesa qualora il contribuente fornisca documentazioni idonee e attendibili e l'Amministrazione Finanziaria le consideri sufficienti ad una revisione della somma oggetto della pretesa.

6. Conclusioni.

In considerazione dei diritti che l'ordinamento tributario è atto a tutelare ovvero quelli

patrimoniali, si mira ad una risoluzione delle controversie in via preventiva per evitare gli ingenti pregiudizi che possono derivare da un atto impositivo. In ragione della necessità di aumentare la soglia di tutela del contribuente e, al fine di consentire anche all'Ufficio di recuperare somme, laddove dovute sono stati previsti molteplici istituti deflattivi che prevengono il contenzioso, cercando di evitarlo. Tutto quanto predetto sempre in ossequio al principio di leale collaborazione, cardine, monito dell'intero ordinamento tributario.

Note e riferimenti bibliografici

[1]Cassazione civile sez. trib. 17 luglio 2014 n. 16331 in www.dejure.it “*il contribuente è tenuto a proporre interpello ex art. 11, della legge 27 luglio 2000 n.212, prima di porre in essere, nell'esercizio della propria attività economica, la condotta oggetto della richiesta di informazioni all' amministrazione finanziaria, atteso che, diversamente, non si giustificerebbe l'efficacia vincolante, per entrambe le parti del rapporto tributario, dell'interpretazione fornita dall' amministrazione medesima delle norme applicabili alla specifica fattispecie concreta. Rigetta, Comm. Trib. Reg. Marche, 25/05/2007*”.

[2]T.A.R. Reggio Calabria (Calabria) sez. I 10 novembre 2014 n. 657 in www.dejure.it “*il principio di buona fede oggettiva permea di sé l'intero sistema delle obbligazioni civili e si atteggia, tra l'altro, a fondamentale canone interpretativo del comportamento delle parti, sia nella fase della trattativa precontrattuale sia in quella successiva dello svolgimento del rapporto. Non par dubbio che, anche con riferimento alla fase dell'evidenza pubblica, possa utilizzarsi tale fondamentale criterio ermeneutico, al fine di valutare la condotta e/o le dichiarazioni rese sia dalla stazione appaltante sia dai partecipanti stessi. La fase di formazione dei contratti pubblici è invero caratterizzata dalla contestuale e parallela presenza di un procedimento amministrativo «*¿doppiato¿*» da un procedimento negoziale, laddove la serie pubblicistica degli atti convive e si interseca con quella privatistica, della quale mutua altresì taluni principi fondanti, tra cui per l'appunto quello di correttezza. È dunque fisiologico e coerente col sistema che, rigettato ogni formalismo deteriore, le stesse dichiarazioni rese dalle imprese partecipanti alla gara debbano essere interpretate secondo correttezza, e cioè mediante il fondamentale canone ermeneutico come previsto dall'art. 1366 c.c., dovendosi intendere altresì le autodichiarazioni prescritte per legge secondo il loro significato concreto e sostanziale, come emergente anche da un esame sistematico delle dichiarazioni medesime e del loro singolo tenore letterale; il tutto con l'unico limite della violazione della par condicio”.*

[3]Tribunale Milano sez. I 02 dicembre 2014 n. 14330 in www.dejure.it “*in materia di obbligazioni, l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, oramai pacificamente costituzionalizzato. I principi della buona fede oggettiva e dell'abuso del diritto, pertanto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti; essi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti (anche di un rapporto privatistico), mentre l'abuso prospetta la necessità di una correlazione tra i poteri riferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso”.*

[4] T.A.R. Trieste (Friuli-Venezia Giulia) sez. I 13 agosto 2015 n. 387 in www.dejure.it “l'affidamento, suscettibile di applicazione anche nel diritto pubblico, si collega direttamente all'obbligo di buona fede oggettiva quale regola di condotta che (per quanto riconosciuta espressamente nelle sole disposizioni del c.c.) conforma l'assiologia dell'ordinamento generale, venendo così a coincidere con l'aspettativa di coerenza dell'Amministrazione con il proprio precedente comportamento, la quale diviene fonte di un vero e proprio obbligo, per quest'ultima, di tenere in adeguata considerazione l'interesse dell'amministrato, la cui protezione non si presenta più come il prodotto, accessorio, della cura dell'interesse pubblico, ma come l'oggetto di un'autonoma pretesa, contrapposta all'interesse dell'Amministrazione. Il risultato è che la verifica giurisdizionale dell'osservanza del principio di buona fede non coincide con quella svolta in termini di eccesso di potere (ovvero secondo il paradigma della logicità e ragionevolezza) bensì attiene all'osservanza di una norma (quella di buona fede e correttezza) che si rivolge all'Amministrazione nella relazione con il cittadino. L'impostazione di ricondurre la buona fede tra gli obblighi di comportamento dell'Amministrazione esigibili dal privato, del resto, ben si raccorda con le istituzioni giuridiche dell'ordinamento sovranazionale in cui risulta oramai costituzionalizzato il diritto alla buona amministrazione tra i diritti connessi alla posizione fondamentale di cittadinanza, il cui pregnante contenuto valoriale riveste una indubbia funzione di integrazione e interpretazione delle norme vigenti, imponendo di prendere in rinnovata considerazione la formulazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere”.

[5] Consiglio di Stato sez. V 10 giugno 2015 n. 2847 in www.dejure.it.

[6] Cassazione civile sez. trib. 05 ottobre 2012 n. 17010 in www.dejure.it “la risposta dell'Amministrazione finanziaria ad interpello del contribuente costituisce atto impugnabile in quanto pretesa tributaria definitiva, ma il contribuente è titolare di una mera facoltà di impugnazione e non di un onere. Tale facoltà quindi può essere esercitata anche in un secondo momento”.

[7] T.A.R. Salerno (Campania) sez. I 19 luglio 2016 n. 1783 in www.dejure.it “la norma di cui all'art. 1, comma 153 bis, l. r. Campania n. 5/2013 conferisce carattere provvisorio alla "archiviazione" già eventualmente disposta, prevedendo che solo in conseguenza dell'inutile decorso del termine suindicato essa assuma carattere definitivo. Essa disegna una fattispecie di autotutela, d'ufficio e doverosa, che impone all'Amministrazione di riattivare il procedimento, eventualmente già interessato da una determinazione di archiviazione, procedendo alla tempestiva e temporanea rimozione di quest'ultima, siccome destinata ad essere sostituita da un provvedimento di "archiviazione definitiva”.

[8] T.A.R. Campobasso (Molise) sez. I 07 luglio 2016 n. 290 in www.dejure.it “in via di principio, non è precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione, allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'Amministrazione. Un tale potere si fonda, tuttavia, oltre che sulla disciplina di contabilità generale dello Stato, che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827), sul principio generale dell'autotutela della p.a., che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica; inoltre, la nuova valutazione dell'interesse pubblico, cui l'Amministrazione deve accedere, non deve necessariamente basarsi sulla intervenuta formale adozione di atti, essendo sufficiente che dallo stesso provvedimento di revoca emergano le ragioni, plausibili e concrete, che determinano la

suddetta rivalutazione dell'interesse pubblico. L'indicazione consultiva dell'Autorità Nazionale Anticorruzione è palesemente insufficiente a giustificare l'autotutela pubblicistica, poiché essa – di per sé – non costituisce un “sopravvenuto motivo di interesse pubblico”, né un “mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento”, né una “nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”, quali previsti e prescritti dalla normativa di cui all'art. 21 quinquies l. 7 agosto 1990 n. 241”.

[9]Consiglio di Stato sez. V 14 marzo 2016 n. 984 in *www.dejure.it* “*poteri del giudice dell'ottemperanza non implicano alcun vulnus all'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli artt. 24, 111 e 113, Cost., rappresentando piuttosto il naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi e dei principi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo, ed in particolare di quello secondo cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vittoriosa (che ha diritto, però, all'esecuzione del giudicato in base allo stato di fatto e di diritto vigente al momento dell'atto lesivo, caducato in sede giurisdizionale) e di quello della stessa dinamicità dell'azione amministrativa e dell'esercizio della relativa funzione da parte della Pubblica amministrazione che ne è titolare (che non consente di poter ragionevolmente ipotizzare una sorta di “congelamento” o di “fermo” della stessa, tant'è che sia l'atto amministrativo che la sentenza di primo grado, ancorché impugnati, non perdono in linea di principio la loro efficacia e idoneità a spiegare gli effetti loro propri, tranne che questi ultimi non siano ritenuti meritevoli di essere sospesi, su istanza degli interessati, da parte rispettivamente del giudice di primo grado o da quello di appello)”.*

[10]T.A.R. Napoli (Campania) sez. V 01 agosto 2016 n. 3982 in *www.dejure.it* “*il c.d. preavviso di ricorso non comporta alcun obbligo di riesame da parte dell'Amministrazione né di sospensione della procedura, ma neppure un obbligo di risposta, potendosi comunque formare il silenzio - rifiuto. Inoltre, la procedura introdotta a seguito del preavviso di ricorso non influisce sull'esito della gara, ben potendo la Stazione Appaltante legittimamente procedere all'aggiudicazione definitiva, senza attendere l'esito del riesame. Il fatto che la Stazione Appaltante non sia obbligata a provvedere in merito all'istanza di autotutela, comporta che neppure l'impresa ricorrente in giudizio è obbligata ad impugnare il diniego di autotutela; la mancata impugnazione del diniego non impedisce di impugnare in modo autonomo il provvedimento di aggiudicazione e, per converso, la mancata impugnazione del diniego di autotutela non comporta una possibile causa di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso già proposto avverso l'aggiudicazione”.*

[11]T.A.R. Napoli (Campania) sez. III 22 agosto 2016 n. 4085 in *www.dejure.it*.

LA RIFORMA GELLI È LEGGE. ECCO COME CAMBIA LA RESPONSABILITÀ MEDICA.

Numerose le novità introdotte dalla legge Gelli in tema di responsabilità medica, in ambito civile e penale. La riforma ha un obiettivo ambizioso: contrastare la medicina difensiva. Ma sarà davvero in grado di farlo?

Stefania Tirella - Pubblicazione, martedì 28 febbraio 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Indice: 1. Legge Gelli, le novità in sintesi e il fine perseguito; 2. Responsabilità civile. Addio alla responsabilità contrattuale. La nuova responsabilità sarà extracontrattuale; 3. Responsabilità penale. Introduzione dell'art. 590 sexies c.p; 4. Il tentativo obbligatorio di conciliazione; 5. Il Fondo di garanzia.

1. Legge Gelli, le novità in sintesi e il fine perseguito.

È stata definitivamente approvata la Legge Gelli, che introduce rilevanti modifiche in tema di responsabilità medica.

La legge, che porta il titolo “Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie”, per un verso, conferma talune intuizioni già desumibili per via interpretativa dal decreto Balduzzi, per altro verso, introduce delle autentiche novità.

In estrema sintesi, i punti più salienti della riforma possono essere individuati nei seguenti:

- La responsabilità civile degli esercenti le professioni sanitarie diventa ufficialmente extracontrattuale.
- La responsabilità penale viene disciplinata attraverso l'introduzione di un nuovo articolo nel codice penale, l'art. 509 sexies c.p.
- Viene introdotto il tentativo di conciliazione (in alternativa allo strumento della mediazione) come condizione di procedibilità per l'azione di risarcimento danni.
- Viene prevista l'istituzione di un Fondo di garanzia per il risarcimento dei danni subiti dai pazienti.

Lo scopo perseguito dal legislatore è quello di combattere la c.d medicina difensiva,

intesa come pratica dei medici volta a evitare possibili azioni legali di responsabilità, conseguenti al proprio operato.

Si parla, in particolare, di medicina difensiva positiva quando si assiste ad una eccessiva prudenza, che si esplica attraverso servizi terapeutici o diagnostici sproporzionati e superflui rispetto a quanto strettamente necessario.

Si parla, invece, di medicina difensiva negativa quando l'eccessiva prudenza si traduce nel rifiuto di compiere operazioni che presentino alti profili di rischio o nel rifiuto di occuparsi di pazienti che presentino condizioni cliniche delicate.

Nel primo caso, il paziente rischia di essere sottoposto ad un surplus di esami e terapie, nel secondo caso di essere abbandonato a se stesso, anche quando un coraggioso intervento medico consentirebbe di aumentare le chance di guarigione.

In entrambi i casi, a risultare lesi sono il diritto alla salute costituzionalmente tutelato, le finanze pubbliche, la tranquillità della classe medica, il rapporto medico-paziente.

Il percorso normativo, iniziato con il decreto Balduzzi e proseguito con la legge Gelli, è dunque volto a garantire una maggiore serenità a questa categoria di professionisti, vessata da continue (e spesso pretestuose) azioni di risarcimento danni, intentate da pazienti che, in un'epoca storica in cui non risulta concepibile che non tutto possa essere dominato dall'uomo, di fronte ad un insuccesso della terapia o dell'operazione medico-chirurgica, mostrano sempre maggiori difficoltà ad accettare l'idea che la mancata guarigione possa essere addebitabile al caso o alla "natura delle cose" e, in un clima generale di sfiducia, preferiscono ricorrere in giudizio per far valere le proprie ragioni.

Esaminiamo allora nel dettaglio le novità appena introdotte.

2. Responsabilità civile. Addio alla responsabilità contrattuale. La nuova responsabilità sarà extracontrattuale.

L'art. 7 della nuova legge, al comma 3, sancisce la natura extracontrattuale della responsabilità degli esercenti la professione sanitaria, salvo che abbiano assunto un'obbligazione contrattuale con il paziente.

Art. 7. Responsabilità civile della struttura e dell'esercente la professione sanitaria

1. *La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.*

2. *La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.*

3. *L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'articolo 5 della presente legge e dell'articolo 590-sexies del codice penale, introdotto dall'articolo 6 della presente legge.*

4. *Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.*

5. *Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile.*

Viene così posto definitivamente fine al dibattito che aveva interessato la giurisprudenza all'indomani dell'entrata in vigore della Legge Balduzzi, che all'art.3 affermava che *“l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo.”* Il riferimento all'art. 2043 cc aveva infatti diviso la dottrina e la giurisprudenza.

In particolare, secondo l'opinione maggioritaria, nulla era mutato sotto il profilo civilistico, in quanto la responsabilità doveva continuare a considerarsi di natura contrattuale.

La tesi che optava per la natura contrattuale trovava il suo più autorevole avallo nella sentenza della Corte di Cassazione n.589/99. In particolare, la responsabilità veniva qualificata come “responsabilità da contatto sociale”, cioè derivante dal particolare rapporto che si instaura tra il medico dipendente della struttura sanitaria e il paziente, a seguito dell'accettazione da parte della struttura ospedaliera.

Si tratta di una forma di responsabilità che intercorre tra soggetti che, pur non avendo formalmente stipulato alcun contratto, entrano appunto in “contatto”, con la derivazione di obblighi di protezione in capo ad uno di essi (il medico) nei confronti dell’altro (il paziente).

L’esclusione della responsabilità extracontrattuale si spiegava alla luce del fatto che medico e paziente non potrebbero considerarsi tra loro “soggetti estranei”. Il danno cagionato dal medico al paziente non potrebbe considerarsi assimilabile al danno cagionato dal quisque de populo ad un soggetto qualunque, trattandosi di un danno provocato da un soggetto ad un altro che si era affidato alle sue cure, nell’ambito di un rapporto contrattuale di fatto, connotato dall’affidamento del secondo verso il primo.

Il richiamo all’art. 2043 c.c. nella legge Balduzzi veniva pertanto spiegato come un più generico richiamo alla responsabilità civilistica, tenuta ferma anche nel caso in cui il medico non fosse chiamato a rispondere penalmente del proprio operato.

Secondo una diversa e minoritaria opinione[1], il riferimento all’art. 2043 cc doveva invece considerarsi un chiaro indice della inequivocabile volontà del legislatore di affermare la natura aquiliana della responsabilità medica.

L’attuale riforma ha pertanto messo la parola “fine” alla querelle precedente, affermando a chiare lettere la scelta fatta.

Si tratta di una pura questione dogmatica? Non proprio. Le differenze tra le due forme di responsabilità sono infatti molteplici e le più significative riguardano i seguenti aspetti:

1. **Termine di prescrizione:** mentre per la responsabilità contrattuale il termine di prescrizione è decennale, per quella extracontrattuale è dimezzato. La responsabilità del medico potrà pertanto essere fatta valere entro 5 anni, a partire dal momento in cui il danno si manifesta.
2. **Oneri probatori:** mentre nel caso della responsabilità extracontrattuale, gli oneri probatori sono addossati al danneggiato, che dovrà provare il fatto, il danno ingiusto, il nesso di causalità tra fatto e danno e l’elemento soggettivo del dolo o della colpa, nel caso della responsabilità contrattuale il creditore, secondo un orientamento risalente ad un arresto della Corte di Cassazione del 2001, può limitarsi ad allegare l’inadempimento, spettando viceversa al debitore provare l’avvenuto adempimento o che l’inadempimento,

pur sussistente, è determinato da un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile[2].

3. In tema di **danni risarcibili**, in ambito contrattuale, l'art. 1225 cc stabilisce che “se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione”. Tale norma non si ritrova invece in ambito extracontrattuale.

Il regime diventa dunque più favorevole per l'esercente la professione sanitaria, fermo restando invece (e non potrebbe essere diversamente) quello, più di favore per il paziente, della responsabilità contrattuale della struttura sanitaria.

La conseguenza (prevedibile) è che i pazienti che riterranno di agire in giudizio per domandare un risarcimento del danno presumibilmente cagionato dal medico, preferiranno citare direttamente la struttura ospedaliera, che rimane responsabile dei propri dipendenti e collaboratori, ai sensi del combinato disposto tra gli artt. 1218- 1228 cc, salvo poi esercitare il diritto di regresso.

Rimane una precisazione (alquanto scontata) da fare e cioè che il regime della responsabilità rimarrà di natura contrattuale nel caso in cui tra medico e paziente sia stato stipulato un vero e proprio contratto, come accade nel caso in cui il rapporto si sia instaurato al di fuori di una struttura ospedaliera, all'interno di uno studio medico.

Si potrebbe pertanto profilare un dubbio di legittimità costituzionale alla luce dell'art. 3 Costituzione. Le differenze sostanziali del rapporto medico-paziente nel privato e nel pubblico sono tanto marcate da giustificare una differenza di disciplina così consistente? Il dubbio rimane, per ora, irrisolto.

3. Responsabilità penale. Introduzione dell'art. 590 sexies c.p.

Rilevanti modifiche sono state introdotte anche sotto il profilo penalistico.

Viene infatti introdotto nel codice penale l'art. 590 sexies c.p.

Art. 590-sexies, Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario.

1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

2. Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di

legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Per comprendere la reale portata della nuova disposizione, non si può prescindere dalla lettura della precedente norma contenuta nell'art.3 del decreto Balduzzi: *“l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”*.

Due dati saltano subito all'occhio: la differenziazione tra colpa grave e colpa lieve e il richiamo alle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

La regola desumibile da questa disposizione era pertanto la seguente:

1. Il medico che si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche e che non fosse né in colpa lieve né in colpa grave, non sarebbe stato penalmente responsabile.
2. il medico che non si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche e che fosse in colpa lieve o grave, sarebbe stato penalmente responsabile.
3. Il medico che si fosse attenuto alle linee guida e alle buone pratiche, in un caso specifico in cui avrebbe invece dovuto ragionevolmente discostarsene, sarebbe stato penalmente responsabile solo se in colpa grave e non anche nelle ipotesi di colpa lieve.

Il decreto Balduzzi aveva pertanto introdotto un tendenziale obbligo di rispettare le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, obbligo da rispettare tuttavia non in maniera meccanica e automatica, ma previo esame della specificità del caso concreto.

In altre parole, la logica del decreto Balduzzi era la seguente: una buona linea guida, che nel 99% dei casi, se rispettata, può dare esiti soddisfacenti, in un caso su 100 potrebbe invece, se rispettata pedissequamente, dare luogo ad esiti negativi. Il medico deve quindi saper riconoscere se, nel caso a lui sottoposto, la linea guida debba essere disapplicata e, in caso di verifica positiva, discostarsene.

Se non lo fa ed è in colpa grave, è responsabile penalmente.

Se non lo fa ed è in colpa lieve, non risponde penalmente.

L'ambito di esenzione di responsabilità del medico, già di per sé piuttosto circoscritto, era stato poi ancor più ristretto dalla interpretazione data dalla giurisprudenza, che aveva delimitato il concetto di colpa alla sola accezione della imperizia.

Le prime applicazioni giurisprudenziali avevano infatti applicato la norma ai soli casi di imperizia lieve e non anche ai casi di negligenza lieve o imprudenza lieve, basandosi sull'assunto secondo il quale le linee guida e le buone pratiche accreditate contengano solo regole di perizia.

Il principio "culpa levis sine imperitia non excusat", espresso dalla sentenza "Pagano"[3], confermato dalla sentenza "Cantore"[4], accolto persino dalla Corte Costituzionale[5], era stato quindi seguito dalla giurisprudenza successiva, con esiti contestati da attenta dottrina[6] che aveva rilevato come non solo i contorni applicativi fossero stati già stati circoscritti da un'interpretazione così restrittiva, ma anche come spesso la giurisprudenza avesse negato l'applicazione della legge a casi di apparente negligenza, qualificabili in realtà come casi di imperizia.

D'altra parte, il confine tra imperizia e negligenza è davvero sottile. Si faccia il caso di un omesso o ritardato approfondimento diagnostico, cui segua la morte del paziente. Il non avere eseguito un determinato esame è questione di negligenza o di imperizia? È davvero così agevole distinguere nel concreto tra i due profili di colpa?

Proprio prendendo gradualmente consapevolezza delle suesposte difficoltà, la giurisprudenza[7] aveva progressivamente manifestato un'apertura verso l'accoglimento dell'idea che le linee guida e le buone pratiche mediche non attenessero ai soli profili di perizia, ma anche ai profili di diligenza, arrivando così ad allargare le maglie della legge Balduzzi.

Il cammino intrapreso dalla giurisprudenza era stato d'altra parte salutato con favore dalla dottrina, anche in considerazione del rischio di decisioni arbitrarie da parte dei giudici, data la quasi interscambiabilità[8] tra i concetti di perizia e diligenza, potendo definirsi l'imperizia una negligenza o un'imprudenza qualificata dall'ambito tecnico in cui essa ha luogo.

Ecco quindi manifestato il primo punto di divergenza tra le due normative e il primo aspetto già soggetto a critica: la legge Gelli, concepita con lo scopo di "alleggerire" la responsabilità medica, rischia di rappresentare in realtà un passo indietro rispetto ai primi

risultati che la giurisprudenza aveva faticosamente raggiunto.

Il legislatore è stato infatti chiaro nel circoscrivere l'ambito applicativo della riforma ai soli casi di "imperizia".

Occorre inoltre evidenziare un ulteriore aspetto: la nuova disciplina non fa più riferimento (a differenza tanto della legge Balduzzi, quanto del disegno di legge prima delle ultime modifiche) alla gradazione della colpa.

Scomparso il riferimento alla colpa grave, il medico torna quindi a rispondere penalmente della propria imperizia anche nelle ipotesi di colpa lieve, decretandosi così un ulteriore peggioramento per la classe medica rispetto alla disciplina precedente.

Quasi invariato rimane invece l'obbligo del rispetto delle linee guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali (che rispetto alle prime si pongono non più su un piano di alternative, ma di supplenza), le quali, per finalità di chiarezza e certezza, verranno raccolte e pubblicate in modo da essere più facilmente consultabili.

Se la facile reperibilità delle linee guida possa davvero garantire la serenità del medico è poi una questione ulteriore. Non è infatti da escludersi che talune linee guida, in quanto agganciate ad un sapere scientifico in continua evoluzione, si presentino "superate" (nonostante l'obbligo biennale di aggiornamento) rispetto al caso specifico da affrontare e ciononostante non del tutto insoddisfacenti.

Attenta dottrina[9] ha quindi rilevato come tale sistema rischi di spingere i sanitari ad appiattirsi verso livelli di mediocrità nella adozione delle proprie scelte, optando per l'applicazione sicura e tranquillizzante delle linee guida, quando invece uno slancio verso percorsi innovativi e più efficaci, ma non ancora consolidati a livello scientifico, potrebbero fare la differenza e produrre maggiori benefici.

Il medico che, per ipotesi, abbia curato la propria preparazione e professionalità, interessandosi a metodi terapeutici all'avanguardia, ma non ancora consolidati nella comunità scientifica, si troverebbe di fronte alla drammatica alternativa di disapplicare le linee guida, rischiando di andare incontro ad una responsabilità penale se gli esiti non dovessero essere quelli sperati o di seguire le linee guida in maniera prudente, così precostituendosi una causa di esclusione della responsabilità penale, ma magari con scarsi risultati per il paziente, che vedrebbe così irrimediabilmente compromesso il proprio diritto alla salute.

Se quindi l'attuale riforma rappresenti davvero un passo avanti nella lotta alla medicina difensiva sarà il tempo a dirlo, ma sicuro è che gli esiti in gran parte dipenderanno dalla sensibilità della giurisprudenza, dalla volontà o meno di intraprendere un'operazione di "ortopedia giuridica" rispetto agli aspetti più critici della nuova fattispecie.

4. Il tentativo obbligatorio di conciliazione.

La riforma introduce, con finalità deflative del contenzioso, il tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità dell'azione di risarcimento danni derivanti da responsabilità sanitaria.

L'attore è tenuto pertanto a presentare ricorso ex art. 696bis c.p.c. dinanzi al giudice competente o, in alternativa, ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo n. 28/2010.

La partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva, effettuato secondo il disposto dell'articolo 15 della legge Gelli, è obbligatoria per tutte le parti, incluse le imprese di assicurazione, che sono tenute a formulare un'offerta di risarcimento del danno ovvero a comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla.

Nel caso in cui l'impresa non abbia formulato l'offerta di risarcimento e la sentenza successiva veda vittorioso il danneggiato, il giudice trasmette copia della sentenza all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS) per gli adempimenti di propria competenza.

La mancata partecipazione alla conciliazione viene inoltre sanzionata dal giudice con il provvedimento che definisce il giudizio, condannando le parti assenti al pagamento delle spese di consulenza e di lite, a prescindere dall'esito del giudizio, oltre che ad una pena pecuniaria, determinata in via equitativa, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione.

5. Il Fondo di garanzia.

Viene inoltre istituito Un Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria, alimentato dal versamento di un contributo annuale dovuto dalle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilità civile per i danni causati da responsabilità dei sanitari e gestito dalla CONSAP.

Il Fondo di garanzia concorrerà al risarcimento del danno nei limiti delle effettive disponibilità finanziarie, intervenendo nei seguenti casi:

a) qualora il danno sia di importo eccedente rispetto ai massimali previsti dai contratti di assicurazione stipulati dalla struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero dall'esercente la professione sanitaria ai sensi del decreto di cui all'articolo 10 della legge;

b) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria risultino assicurati presso un'impresa che al momento del sinistro si trovi in stato di insolvenza o di liquidazione coatta amministrativa o vi venga posta successivamente;

c) qualora la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata ovvero l'esercente la professione sanitaria siano sprovvisti di copertura assicurativa per la sopravvenuta inesistenza o cancellazione dall'albo dell'impresa assicuratrice stessa.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Trib. Milano, sez. I civ., sentenza n. 9693 del 17 luglio 2014 (pubbl. 23 luglio 2014), est. Patrizio Gattari.

Trib. Milano, sez. I civ., sentenza 2 dicembre 2014 n. 1430. Est Roberto Bichi.

[2] La regola viene comunque invertita nel caso in cui si tratti di obbligazione di non fare, in quanto sarebbe più facile per il creditore provare la condotta attiva lesiva, piuttosto che per il debitore provare un fatto negativo, quale appunto il non aver fatto qualcosa.

[3] Cass. Pen. Sez. IV, 29 gennaio 2013 n.16237.

[4] Cass. Pen. Sez. IV, 9 aprile 2013 n. 16237.

[5] Corte Cost. ord. 6 dicembre 2013 n. 295.

[6] P. PIRAS, *Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritira e giunge la prima assoluzione di legittimità per la legge Balduzzi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

[7] Cass. Pen. Sez. IV, 9 ottobre 2014 n. 47289: *“non può tuttavia escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera dell'accuratezza di compiti magari non particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale”*.

Vedi anche Cass. Pen. Sez. IV, 19 gennaio 2015 n.9923.

[8] G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, CEDAM, 1982, p. 477.

[9] P.F. POLI, *Il d.d.l Gelli-Bianco: verso un'ennesima occasione persa di adeguamento della responsabilità penale del medico ai principi costituzionali?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.