

Mag/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. - GIURISDIZIONE ESCLUSIVA E PROCESSO AMMINISTRATIVO A “PARTI INVERTITE”:
PER LA CONSULTA SI PUÒ!

Anna Villani, pubblicazione giovedì 4 maggio 2017

2. - L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA NELLA GIURISPRUDENZA IN
MATERIA EDILIZIA

Giuseppe Mainas, pubblicazione venerdì 5 maggio 2017

3. - LA RESPONSABILITÀ CIVILE A CARICO DELL'AMMINISTRATORE DELLA SOCIETÀ PER
AZIONI

Francesco Rizzello, pubblicazione venerdì 12 maggio 2017

4. - IL RAPPORTO TRA NORMA PENALE E ATTO AMMINISTRATIVO

Giuseppe Mainas, pubblicazione giovedì 18 maggio 2017

5. - PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES, LEGISLAZIONE INTERNA E DIRITTO
INTERNAZIONALE DEI CONFLITTI ARMATI

Nicolò Giordana, pubblicazione venerdì 19 maggio 2017

6. - IL PRINCIPIO DI PRECISIONE NELLA FORMAZIONE E NELL'INTERPRETAZIONE DELLA
LEGGE PENALE

Giuseppe Mainas, pubblicazione lunedì 29 maggio 2017

COMITATO SCIENTIFICO SCIENTIFIC COMMITTEE

Angela CUOFANO

Avvocato

Gaspere DALIA

Ricercatore universitario

Rosa MUGAVERO

Ricercatore universitario

Lucio ORLANDO

Avvocato

Andrea SENATORE

Ricercatore universitario

Saverio SETTI

Of Counsel

GIURISDIZIONE ESCLUSIVA E PROCESSO AMMINISTRATIVO A “PARTI INVERTITE”: PER LA CONSULTA SI PUÒ!

Con la sentenza n. 179 del 15 luglio 2016, la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale in relazione al diritto vivente che afferma la possibilità che la p.a. sia parte ricorrente del giudizio amministrativo nei confronti del privato, per la condanna di quest'ultimo all'esecuzione di obbligazioni nascenti da moduli convenzionali rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sugli accordi in materia urbanistica, come prevista dal Codice del processo amministrativo (art. 133, co. 1, lettere A n. 2 e F).

Anna Villani - Pubblicazione, giovedì 4 maggio 2017
Redattore: **Ilaria Ferrara**

Sommario: 1. Premessa 2. L'evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo 3. La difesa statale 4. La decisione della Consulta 5. Conclusioni

1. Premessa

Con la sentenza in commento, la Consulta si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale, sollevata dal T.A.R. Puglia – Lecce[1], degli artt. 133 co. 1, let. A) n. 2 e let. F) del c.p.a., in riferimento agli artt. 103, co. 1 e 113, co. 1, Cost., nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esse ricomprendono, nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le controversie nelle quali la pubblica amministrazione e non il privato, sia parte ricorrente che adisce il giudice amministrativo. Ciò, a detta del giudice rimettente, sarebbe in contrasto col sistema di tutela della giustizia amministrativa delineato negli artt. 103 e 113 Cost., il quale prevede la sola possibilità di attivare il processo amministrativo da parte del privato e non della parte pubblica.

La controversia dalla quale trae origine la questione sottoposta alla Consulta e la necessità della pronuncia di quest'ultima, attiene ad un giudizio sollevato dinanzi al Tar Puglia-Lecce da un Comune sito in provincia di Lecce, volto ad ottenere la condanna di una s.r.l.- parte resistente al pagamento di somme dovute per l'assegnazione di suoli edificatori del territorio comunale.

Tale assegnazione risultava da una convenzione stipulata tra le parti che il giudice *a quo* riteneva doversi ricondurre ai “moduli convenzionali in urbanistica” rientranti nella categoria degli accordi sostitutivi o integrativi previsti dall’art. 133, co. 1, let. A), n. 2 del c.p.a[2]. Inoltre, la giurisdizione esclusiva viene ricondotta anche alla lettera F) del medesimo art. 133, co. 1, laddove si attribuiscono alla giurisdizione esclusiva “*le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell’uso del territorio...*”.

A tal riguardo, il giudice rimettente afferma che, per dottrina e giurisprudenza unanime che assurge ormai al rango di “*diritto vivente*”, vi è giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riferimento alle convenzioni urbanistiche anche quando la pubblica amministrazione assume la veste di parte ricorrente (ed il privato, ovviamente, di parte resistente)[3]. Il caso sottoposto alla sua attenzione, infatti, riguarda l’inadempimento di obbligazioni assunte con una convenzione di lottizzazione, ovvero l’esecuzione di un accordo facente parte del procedimento volto al rilascio di una concessione edilizia, che rientra a pieno titolo nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Orbene, secondo il Tar Puglia-Lecce, il summenzionato orientamento interpretativo contrasterebbe col sistema di giustizia amministrativa delineato nella Carta Costituzionale agli artt. 103 co. 1 e 113 co. 1 Cost., i quali, a detta del giudice *a quo*, devono essere letti nel senso che anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, la giurisdizione è limitata alla tutela del privato nei confronti della parte pubblica e non alla diversa ipotesi in cui la p.a. sia parte ricorrente.

A tal fine, per capire fino in fondo la questione oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, occorre brevemente ripercorrere l’evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e i suoi mutamenti negli anni, dovuti al cambiamento strutturale del giudizio amministrativo, da giudizio sull’atto a giudizio sul “rapporto” tra privato e p.a.

2. L’evoluzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

È noto che la giurisdizione esclusiva del G.A. consiste in un ampliamento della tradizionale cognizione di quest’ultimo estesa, oltre agli interessi legittimi, tutelati normalmente dal G.A., ai diritti soggettivi, col limite dell’incidente di falso e delle questioni di stato e capacità delle persone, attribuite al giudice ordinario. Ecco che, in particolari materie tassativamente indicate dalla legge, la tutela è concentrata interamente

dinanzi al G.A., indipendentemente dalla posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio. È altresì noto che il fondamento della giurisdizione esclusiva risiede nell'art. 103, co. 1, Cost. laddove si afferma che “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, *in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*”.

La *ratio* sottesa alla giurisdizione esclusiva del G.A. è unanimemente rinvenuta nella obiettiva difficoltà di distinguere, in particolari materie, le posizioni giuridiche soggettive coinvolte, per l'inestricabile commistione tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Di guisa che non si applica, in tal caso, il tradizionale criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*, ossia sulla posizione giuridica dedotta in giudizio, per cui i diritti soggettivi sono tutelati dal G.O. e gli interessi legittimi dal G.A..

La previsione di una siffatta giurisdizione, dunque, tende ad una concentrazione delle tutele e alla certezza dei rapporti giuridici.

Essa affonda le sue radici nella legislazione preunitaria, per poi essere codificata negli artt. 29 e 30 del R.D. n. 1054 del 1924[4], successivamente riprodotti dall'art. 7, co. 2, Legge T.A.R. n. 1034/1971.

Con l'avvento del D. Lgs. 80/1998, sono state devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. le materie dei servizi pubblici, urbanistica, edilizia (artt. 33 e 34), nonché la possibilità, prima nelle mani del solo G.O., di condannare la p.a. al risarcimento dei danni.

La portata molto ampia delle materie contemplate nei succitati articoli 33 e 34 del D. Lgs. 80/98[5] aveva generato l'idea di un criterio di riparto della giurisdizione per “blocchi di materie”, ma la Consulta, intervenuta con la celebre pronuncia del 6 luglio 2004 n.204[6], ha bocciato tale criterio, affermando che l'assegnazione delle materie alla giurisdizione esclusiva del G.A. deve sempre presupporre una relazione fra l'ambito devoluto al giudice amministrativo e un potere amministrativo.

In altre parole, la giurisdizione amministrativa è strettamente connessa all'esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo, essendo alla stessa estranei i cd. *meri comportamenti* della P.A. in veste non autoritativa, sindacabili dinanzi al G.O.[7].

Laddove l'art. 103 Cost., nel descrivere la giurisdizione esclusiva del G.A., parla di

“particolari materie”, non vuole assolutamente scardinare gli assetti giurisdizionali tradizionali, ma porre un limite alla discrezionalità del legislatore, imponendo che sia comunque considerata la natura delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte e non la mera indicazione della materia. Il necessario collegamento tra le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva e la natura delle posizioni giuridiche è espresso proprio nell’art. 103 Cost. con l’aggettivo “particolari” rispetto alla giurisdizione generale di legittimità, indicando che le suddette materie devono partecipare della stessa natura di quelle della giurisdizione generale di legittimità.

Il legislatore, quindi, può ampliare la giurisdizione esclusiva del G.A., ma a patto di farlo con riguardo a materie che, in assenza di tale previsione, rientrerebbero comunque nella giurisdizione generale di legittimità, in quanto vi opera la P.A. in veste di autorità. Di guisa che rientrano nella giurisdizione del G.A. tutte le controversie nelle quali agisca la P.A.-autorità, anche allorquando venga in rilievo un comportamento privo di carattere provvedimentale, purchè collegato, almeno mediamente, all’esercizio di un pubblico potere.

Tali assunti della Consulta (nn. 204/2004 e 191/2006) sono stati recepiti dal Legislatore del c.p.a. che, all’art. 7 co. 1, devolve alla giurisdizione del G.A. le sole controversie concernenti *“l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e di diritti soggettivi in particolari materie di giurisdizione esclusiva.

Di fondamentale importanza poi è il co. 7 dell’art. 7 c.p.a., contenente la positivizzazione del canone della concentrazione, imprescindibile per garantire l’attuazione del principio di effettività della tutela. Secondo tale comma, *“il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi”*. Il giudice amministrativo, dunque, nelle materie rientranti nella sua giurisdizione, sia di legittimità che esclusiva, provvede non solo ad annullare l’atto impugnato, ma anche a garantire la soddisfazione delle pretese risarcitorie delle parti, al fine di evitare che il ricorrente sia costretto a percorrere la via del “doppio binario” di tutela, prima dinanzi al G.A. per l’annullamento dell’atto amministrativo e poi dinanzi al G.O. per la condanna al risarcimento dei danni.

Il percorso evolutivo appena tracciato in tema di giurisdizione esclusiva non è altro che la risultante del diverso modo di intendere lo stesso giudizio amministrativo, che da giudizio sull'atto si è trasformato in giudizio sul rapporto, attraverso le innovazioni che negli anni hanno cambiato il volto della tutela dinanzi al G.A., come l'allargamento della tipologia delle misure cautelari, non più riconducibili esclusivamente alla mera sospensione del provvedimento, il nuovo quadro dei mezzi istruttori, che in precedenza non ricomprendeva le consulenze tecniche e le prove testimoniali, la previsione generale della sentenza di condanna (art. 30 c.p.a.).

3. La difesa statale

Ciò posto e tornando alla controversia dalla quale è scaturita la pronuncia in commento, quest'ultima mostra di accogliere in pieno le eccezioni sollevate dalla difesa statale. Nel giudizio dinanzi alla Consulta, infatti, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, affermando innanzitutto che la controversia per cui è causa appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, co. 1, let. A) n. 2 c.p.a., unica disposizione rilevante, in quanto l'art. 133, co. 1, let. F) c.p.a. attiene solamente agli atti e provvedimenti unilaterali dell'amministrazione e non riguarda le ipotesi nelle quali la P.A. agisce attraverso moduli convenzionali, come nel caso di specie.

Nel merito, poi, la difesa statale sottolinea come il sistema di tutela degli artt. 103 e 113 Cost., intende introdurre una specifica garanzia giurisdizionale per gli amministrati, ai quali viene assicurato un "giudice naturale" della p.a.. Per converso, gli stessi articoli non vogliono in nessun modo delineare una struttura processuale vincolante che preveda che l'azione possa essere promossa esclusivamente dal privato e non anche dalla parte pubblica.

Ciò che importa è che la controversia rientri nella giurisdizione del G.A., non rilevando, a livello costituzionale, le forme procedurali attraverso le quali tale obiettivo viene perseguito.

La disciplina del concreto svolgimento processuale della giustizia amministrativa, infatti, compete alla legge ordinaria e non è prestabilita dalla Carta Costituzionale. Di ciò si trova conferma nell'ultimo comma dell'art. 113 Cost., laddove si afferma che è la legge a determinare quali organi della giurisdizione, in quali casi e con quali effetti, possano pronunciare l'annullamento degli atti amministrativi.

Gli artt. 103 e 113 Cost. introducono una garanzia “bilaterale”, in quanto allo stesso tempo garantiscono al privato un giudice naturale e assicurano quello stesso giudice anche all’interesse pubblico di cui la P.A. è portatrice. La giustizia amministrativa, infatti, è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (e dei diritti soggettivi in caso di giurisdizione esclusiva), ma anche dell’interesse pubblico definito dalla legge.

La difesa statale, inoltre, evidenzia come la conclusione sarebbe confermata anche dall’evoluzione del sistema di giustizia amministrativa. La giustizia amministrativa moderna, infatti, nasce dal superamento del privilegio soggettivo di un giudice “domestico” della P.A., come erano i tribunali del contenzioso amministrativo, aboliti nel 1865. E poiché la giustizia amministrativa si pone come giurisdizione sul rapporto e non sull’atto, occorre che vi sia un giudice preordinato a garantire il privato e, nello stesso tempo, a verificare la legittimità della ponderazione dell’interesse privato con quello pubblico. Di guisa che non vi sarebbe alcuna anomalia nell’ammettere che l’azione processuale possa essere proposta anche dalla parte pubblica. Sebbene dal tenore letterale degli artt. 103 e 113 Cost. sembrerebbe desumersi che il ricorso possa essere proposto solo dal privato, da ciò non sarebbe ricavabile il divieto di proposizione di tale ricorso da parte dell’amministrazione.

Inoltre, le disposizioni censurate sono applicazione dei principi generali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., i quali garantiscono a tutti i soggetti dell’ordinamento il diritto di agire in giudizio a tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive. L’interpretazione proposta dal TAR rimettente, invece, comporterebbe che la P.A. debba agire in via di autotutela amministrativa nel caso in cui il privato sia inadempiente, essendole preclusa la tutela giurisdizionale, consentita solamente al privato, con violazione, per l’appunto, degli artt. 24 e 111 Cost. L’accertamento giudiziale dell’inadempimento del privato, allora, sarebbe condizionato dalla previa instaurazione del giudizio da parte del privato, con ciò comportando che l’oggetto del giudizio sarebbe determinato unilateralmente da quest’ultimo, senza possibilità alcuna per l’amministrazione di modificarlo o ampliarlo mediante domanda riconvenzionale.

4. La decisione della Consulta

Dopo l’illustrazione delle motivazioni addotte dalla difesa statale, la Corte inizia col precisare, in primo luogo, che in tal caso, la giurisdizione esclusiva del G.A. si può radicare sia sull’art. 133, co. 1, let. A) n. 2 c.p.a. che sull’art. 133, co. 1, let. F) c.p.a. Inoltre, si sottolinea la natura sinallagmatica degli accordi procedimentali, dai quali

possono derivare obblighi non solo in capo all'autorità amministrativa, ma anche in capo al contraente privato. Nel caso in esame, relativo ad una convenzione di lottizzazione, al rilascio del permesso di costruire da parte dell'amministrazione corrisponde l'obbligo del privato di realizzare le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, obbligo al quale il privato risulta inadempiente.

Proprio per questa sinallagmaticità del rapporto, è consentito non solo al privato, ma anche alla p.a. di adire il G.A.. Se, di norma, la pubblica amministrazione è parte resistente nel processo amministrativo, dapprima l'art. 11, co. 5, L. 241/'90 e poi l'art. 133, co. 1, let. A) n. 2 c.p.a. hanno devoluto alla giurisdizione esclusiva del G.A. tutte le controversie che trovano titolo negli accordi sostitutivi o integrativi dei provvedimenti amministrativi. In tali controversie, anche quando parte ricorrente sia la P.A., la giurisprudenza di legittimità, sia ordinaria che amministrativa, riconosce la giurisdizione del G.A..

Del resto, la consolidata giurisprudenza costituzionale[8] identifica i criteri che legittimano la giurisdizione esclusiva del G.A. di cui all'art. 103 Cost. in riferimento esclusivo alle materie scelte dal legislatore e all'esercizio, ancorchè mediato, del potere pubblico. Occorre che siano coinvolte posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo strettamente connesse e che la P.A. agisca in veste di autorità, attraverso atti unilaterali, moduli consensuali o anche comportamenti, purchè sempre nell'esercizio di un potere pubblico[9], con esclusione dei meri comportamenti materiali.

In tema di convenzioni urbanistiche, si sottolinea lo stretto legame funzionale tra le stesse e il procedimento di rilascio dei titoli abilitativi. In quanto inserite nel procedimento amministrativo, le convenzioni urbanistiche coi privati sono pur sempre espressione, anche mediata, di un potere discrezionale della p.a. sul governo del territorio.

Il diritto vivente in tema di giurisdizione esclusiva sugli accordi procedurali, quindi, risulta pienamente coerente con quanto detto finora, nonché con l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa, da giurisdizione sull'atto a giurisdizione sul rapporto.

D'altro canto, il nostro ordinamento non conosce materie a "*giurisdizione frazionata*", nelle quali il giudice muta al mutare del soggetto che intraprende l'azione giudiziaria.

Per coerenza di sistema e per ragioni di parità di trattamento, nonché di concentrazione

delle tutele, propria della giurisdizione esclusiva, deve essere concessa alla p.a. la legittimazione attiva a convenire in giudizio il privato innanzi al G.A..

Del resto, la concentrazione delle tutele e l'adeguamento agli orientamenti delle giurisdizioni superiori e della giurisprudenza costituzionale erano criteri direttivi imposti dall'art. 44, co.2, let. A), della legge delega n. 69/2009, di guisa che il D. Lgs. n. 104/2010 (ossia il c.p.a.), se avesse esercitato una scelta contraria, sarebbe stato illegittimo per violazione dell'art. 76 Cost..

Per tutti questi motivi, la Corte Costituzionale dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tar Puglia-Lecce.

5. Conclusioni

La soluzione adottata dalla Consulta che fa salvo il diritto vivente sorto in seno alla giurisprudenza in tema di giurisdizione esclusiva del G.A. sugli accordi procedimentali, il quale garantisce la possibilità di un processo amministrativo a parti invertite, è senza dubbio da condividere. È la stessa evoluzione del giudizio amministrativo in generale, e della giurisdizione esclusiva, in particolare, a testimoniarlo. Se oggi, anche alla luce dell'influenza determinante dei principi dell'ordinamento comunitario sull'azione amministrativa, come afferma lo stesso art. 1 c.p.a., il processo amministrativo deve tendere in primo luogo all'effettività della tutela giurisdizionale ed alla concentrazione della stessa, esigenze di coerenza e di parità delle armi devono inevitabilmente condurre all'instaurazione di una sorta di sinallagmaticità anche nell'iniziativa processuale dinanzi al G.A.. Se è vero che, di regola, è il privato ad agire per inadempimenti dell'amministrazione, è pur vero che nei casi, come quello in parola, di esecuzione di convenzioni urbanistiche, spesso è la p.a. a dover agire per inadempimenti del privato. Se non fosse data alla stessa l'eguale garanzia offerta al privato per tutelare la propria posizione giuridica soggettiva in giudizio, si avrebbe una gravissima violazione dei precetti costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost. e, tramite questi ultimi, degli stessi artt. 103 e 113 Cost., con evidenti ricadute dirompenti sull'intera tenuta del sistema di giustizia. D'altro canto, come ribadito sia dalla difesa statale che dalla stessa Corte, le norme censurate non intendono in alcun modo proporre una tutela unidirezionale dinanzi al giudice amministrativo, attivabile dal solo soggetto privato, bensì riconoscere una tutela delle posizioni giuridiche soggettive (interessi legittimi e, nella giurisdizione esclusiva, diritti soggettivi) lese nelle materie nelle quali venga in rilievo l'esercizio, anche mediato, di un potere pubblico.

In conclusione, la pronuncia in commento è pienamente coerente con la finalità sottesa al giudizio amministrativo, il quale non tende solamente alla tutela dell'interesse del privato, ma anche alla tutela dell'interesse pubblico determinato dal legislatore ed affidato alla cura della parte pubblica.

Note e riferimenti bibliografici

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

GAROFOLI, La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere, in www.neldiritto.it

GAROFOLI ROBERTO, La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche, Relazione tenuta al convegno "Il Codice del processo amministrativo", Lecce, 12 novembre 2010

PROTO PISANI, Riparto della giurisdizione per blocchi di materia, funzione nomofilattica della Corte di Cassazione e unicità della giurisdizione, in Atti del convegno tenutosi presso il C.S.M., 21- 23 gennaio 2002

Santise M., Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo, Aggiornamento 2015, Giappichelli Editore- Torino

UCCELLO DALILA, Osservatorio sulla giustizia costituzionale Luglio-Settembre 2016

VISCONTE GIUSEPPE, Gli accordi di diritto pubblico e le ricadute in punto di giurisdizione

[1] Ordinanza Tar Puglia – Sezione distaccata di Lecce, 6 luglio 2015.

[2] Quest'ultima disposizione riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di *“formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo... ”*.

[3] Il Tar Puglia richiama l'ordinanza della Cass., S.U. Civili, n. 1763 del 7 febbraio 2002, la quale ha affermato la giurisdizione esclusiva in tema di inadempimento del privato alle obbligazioni derivanti da una convenzione di lottizzazione, relativamente ad una controversia introdotta dalla pubblica amministrazione-parte ricorrente.

[4] Nei quali era stato trasfuso il precedente R.D. n. 2840 del 1923, contenente la prima previsione in materia.

[5] Dichiarati incostituzionali per eccesso di delega e reintrodotti dalla L. 205/2000.

[6] Intervenuta sulla compatibilità degli artt. 33 e 34 del D. Lgs. 80/1998 con l'art. 103 Cost. e confermata dalla pronuncia Corte Cost. 11 maggio 2006 n. 191.

[7] Al riguardo, occorre distinguere tra comportamenti in senso stretto, sottratti alla giurisdizione del G.A., e *“comportamenti amministrativi”*, intesi quali condotte della P.A. che non sfociano in un provvedimento, ma che sono comunque collegate all'esercizio, ancorché illegittimo, del potere amministrativo e per tale motivo, rientranti nella giurisdizione del G.A.

[8] Vedi le già più volte citate sentenze nn. 191/2006 e 204/2004.

[9] Corte Cost. n. 35 del 2010

L'EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DI COLPEVOLEZZA NELLA GIURISPRUDENZA IN MATERIA EDILIZIA

Il principio di colpevolezza è un principio estremamente delicato e complesso da analizzare, soprattutto qualora venga posto in relazione alla confisca urbanistica. I casi Sud Fondi-Punta Perotti e successivamente il caso Varvara ne sono un esempio, soprattutto, in seguito all'arresto giurisprudenziale del 2015 da parte Corte Costituzionale

Giuseppe Mainas - Pubblicazione, venerdì 5 maggio 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Premessa; 2. Prima fase: caso Sud Fondi - Punta Perotti; 3. Seconda fase: caso Varvara; 4. Sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale; 5. Conclusioni.

1. Premessa

Posto il principio di colpevolezza desumibile dall'art 7 CEDU, si tratta di verificare perché mai questo principio, che peraltro nell'ordinamento nazionale è molto più esplicitamente enunciato nell'art. 27 Cost., sia riuscito negli ultimi anni a produrre effetti innovativi nell'ordinamento nazionale, senza che quegli effetti innovati fossero per così dire prima prodotti dal corrispondente principio di cui all'art. 27 della Costituzione.

2. Prima fase: caso Sud Fondi - Punta Perotti

La disciplina nazionale, evolutasi nel tempo, per un particolare tipo di reato di edilizio (quello di lottizzazione), previsto prima dall'art. 17 L. 47/1985 poi dall'art. 44 T.U.E.(testo unico edilizia) D.P.R. 380/2001, prevede che il giudice penale quando accerta la lottizzazione applica la confisca del manufatto se realizzato e del terreno di una certa estensione. Questa previsione, prima art. 17 oggi art. 44, proprio perché prevede che il giudice applica la confisca quando accerta la lottizzazione, è stata sempre intesa per decenni dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione nel senso che il giudice deve applicare la confisca sul solo presupposto dell'accertamento della materialità del fatto di lottizzazione, cioè sul solo presupposto dell'accertamento processuale del fatto di reato, dell'elemento materiale del reato, della materialità del reato di lottizzazione

nonostante quel giudice abbia prosciolto per difetto dell'elemento soggettivo l'imputato. Quindi per anni i giudici hanno prosciolto e non hanno condannato, ma hanno applicato la confisca. In realtà sottesa a questa impostazione, seguita per decenni dalla giurisprudenza, c'era:

- non soltanto l'interpretazione testuale dell'art. 44 (quando il giudice accerta la lottizzazione e non quando accerta la responsabilità o quando il giudice condanna);
- ma anche un'opzione relativa alla natura giuridica della confisca urbanistica. In realtà si concludeva per l'applicabilità della confisca, nonostante il proscioglimento e quindi nonostante la mancata condanna, sul solo presupposto dell'accertamento dell'elemento materiale del reato, perché si muoveva dall'assunto secondo cui la confisca fosse da considerare non pena ma sanzione amministrativa, applicata dal giudice in luogo della P.A. Proprio muovendo da questa impostazione, quella giurisprudenza per decenni ha consentito ai giudici di applicare la confisca nonostante l'assoluzione; perché se la confisca fosse stata considerata pena la giurisprudenza non avrebbe potuto concludere per l'applicabilità della stessa a soggetto innocente, al soggetto prosciolto.

Intorno agli anni 2000 succede che a Bari, in una vicenda molto nota, il caso Punta Perotti, vengono prosciolti per difetto dell'elemento soggettivo (ma previo accertamento del fatto di lottizzazione) alcuni imputati e il giudice applica la confisca. Quei soggetti ricorrono alla CEDU e deducono il contrasto dell'ordinamento nazionale, nella parte in cui prevede e ammette la confisca in danno del prosciolto, con l'art. 7 CEDU, in particolare con il principio di colpevolezza da esso desumibile.

La Corte EDU, nel 2007 in sede di ammissibilità del giudizio e nel 2009 in sede di definizione del merito, sostiene il contrasto dell'ordinamento italiano con l'art. 7, ma a questo esito perviene però muovendo dall'assunto secondo cui quella confisca urbanistica, considerata sanzione amministrativa dalla giurisprudenza italiana, deve ritenersi invece, sulla base della concezione autonomistica delle pene seguita dalla corte EDU, una sanzione penale e come tale applicabile previo accertamento non soltanto più dell'elemento materiale del reato ma previo accertamento della responsabilità penale in tutti i suoi elementi, non solo materiale ma anche psicologico.

Sulla base di quali parametri la Corte EDU nel caso Sud-Fondi vs Punta Perotti perviene a qualificare come sanzione penale la confisca urbanistica?

- La confisca è misura legata a filo doppio al processo penale, perché è misura applicata dal giudice, è misura applicata in seguito al processo penale, è misura che presuppone l'accertamento della responsabilità, anche per i giudici italiani di una parte di responsabilità quanto meno dell'elemento materiale;
- È una misura che è formalmente qualificata penale anche dall'ordinamento italiano, perché la rubrica dell'art. 44 del T.U.E. cita sanzioni penali, sicché anche nell'ordinamento nazionale, sebbene i giudici la considerino sanzione amministrativa, vi è un appiglio formale dato proprio dalla rubrica dell'art. 44 T.U.E che disciplina questa ipotesi di confisca;
- I giudici della Corte EDU valorizzano soprattutto il dato della gravità della misura in questione, una gravità desunta in astratto (dalla particolare estensione dell'area sulla quale la confisca urbanistica deve applicarsi) in concreto (dalla finalità della stessa, avendo quella misura un carattere più afflittivo, di prevenzione che un carattere riparatorio del danno).

Sulla base di questi parametri, la Corte EDU concluse per la natura di pena della confisca urbanistica e affermarono la necessità che l'applicazione della stessa fosse subordinata all'accertamento della responsabilità.

A partire dalla pronuncia CEDU cambia il nostro ordinamento, infatti i giudici italiani (che per decenni avevano applicato la confisca urbanistica al prosciolto, per difetto dell'elemento soggettivo, e quindi avevano ritenuto applicabile la confisca sul solo presupposto dell'accertamento del fatto, dell'elemento materiale) hanno iniziato a sostenere la necessità, quale condizione di applicabilità della confisca, non del mero accertamento del fatto ma dell'accertamento della responsabilità tutta quindi elemento oggettivo e soggettivo.

In realtà i giudici italiani a questo esito, dopo le due sentenze della Corte EDU, sono pervenuti senza smentire l'assunto teorico di fondo e cioè che la confisca urbanistica fosse sanzione amministrativa. In altre parole, nella giurisprudenza nazionale italiana, successiva alla Corte EDU Sud fondi, si è ribadito che la confisca sia sanzione amministrativa, come già in passato sostenuto, ma si è affermato che la sua applicazione debba essere condizionata alla verifica processuale non soltanto della materialità del reato di lottizzazione ma anche dell'elemento soggettivo, a tanto pervenendo valorizzando il fatto che anche per le sanzioni amministrative la legge sugli illeciti amministrativi L. 689/81 pretende l'accertamento non solo dell'elemento oggettivo ma

anche di quello soggettivo.

Sicché la giurisprudenza italiana da un punto di vista di inquadramento dogmatico ha confermato che la confisca è sanzione amministrativa e non penale ma, onde evitare il conflitto con la CEDU (che contrariamente ha affermato la necessità dell'accertamento della colpa ai fini dell'applicabilità della confisca, che è pena e non sanzione amministrativa), ha sostenuto che pur essendo la confisca sanzione amministrativa essa può applicarsi solo in quanto sia verificata anche la colpa.

3. Seconda fase: caso Varvara

Dopo questa prima fase, è esploso un dibattito sui rapporti con la prescrizione. Ci si è iniziati a chiedere, posto che la Corte EDU ha sostenuto che in base all'art. 7 della CEDU non vi può essere più confisca urbanistica, intesa come pena, senza accertamento non soltanto dell'elemento materiale ma anche della colpa, può la confisca urbanistica essere applicata dal giudice quando il processo penale si definisce una con declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione? Questa domanda incomincia a tormentare la giurisprudenza dal 2009 fino alla sentenza n 49/2015 della Corte Costituzionale. Ci si è chiesti: è compatibile con l'art. 7 CEDU e con i principi affermati dalla Corte EDU nel caso Sudfondi l'applicazione della confisca intervenuta all'esito di un processo penale che si sia chiuso non con una condanna ma con una declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione?

La giurisprudenza nazionale ha risposto limpidamente a questo quesito, perché ha sostenuto tale principio: la Corte EDU nel caso Sud fondi ha preteso che la confisca, intesa come pena, sia applicabile solo previo accertamento dell'elemento materiale e dell'elemento soggettivo, quindi posto tutto questo, la confisca può applicarsi anche al termine di un processo conclusosi con prescrizione a condizione che in quel processo, tuttavia, ci sia stato un accertamento *incidenter tantum* di responsabilità dell'imputato, sul doppio fronte dell'elemento materiale e dell'elemento soggettivo, quando cioè nel processo ci sia stato accertamento di responsabilità, accertamento dell'elemento materiale e dell'elemento soggettivo, applicazione della confisca e poi declaratoria di intervenuta prescrizione

Tutto questo è coerente con la CEDU perché ciò che la Corte EDU, nel caso Sud fondi, ha chiesto è che ci sia prima, quale condizione della confisca, l'accertamento della colpa ma non ha chiesto che ci sia necessariamente condanna, e vi può essere nel nostro ordinamento italiano una scissione tra accertamento della responsabilità e condanna, ci può essere un accertamento

incidentale di responsabilità non seguito da condanna concludendosi il processo con la declaratoria di estinzione per prescrizione, ma non ci può essere mai teoricamente la seconda senza la prima.

Quanto appena enunciato riguarda esclusivamente la vicenda nazionale. Nel 2013, interviene ancora una volta la Corte EDU nel caso Varvara. La Corte EDU ha affermato che, posto che la confisca urbanistica è una sanzione penale, la sua applicazione nell'ordinamento nazionale non può non presupporre, pena la violazione di alcuni parametri, una sentenza di condanna, sicché ogniqualvolta tale sentenza difetti nel processo, in quanto conclusosi con una declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione, non può esserci mai applicazione di una confisca urbanistica rispettosa dei principi CEDU.

A supporto di questa posizione assunta dalla Corte EDU nel caso Varvara, furono dalla stessa esplicitati alcuni argomenti.

Il principale argomento fu la confisca urbanistica che, per la sua natura e per il suo contenuto ablatorio, sopprime un bene, il diritto di proprietà, che è presidiato in modo assoluto dalla CEDU. Questa tutela assoluta del diritto di proprietà, soppresso in caso di applicazione di confisca urbanistica, si spingerebbe fino al punto di condizionare l'applicazione della confisca urbanistica alla sola sentenza di condanna, giammai al mero accertamento *incidenter tantum* di responsabilità.

La Corte EDU avrebbe quindi sostenuto che la condanna, il pronunciamento di condanna, sia la condizione ineludibile per l'applicazione della pena tale essendo la confisca urbanistica.

A tale risultato la Corte EDU nel caso Varvara sarebbe pervenuta valorizzando l'**art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU**, che consacra il diritto di proprietà.

"Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende." (art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU).

Quindi la tutela assoluta del diritto di proprietà, soppresso, dalla confisca urbanistica, avrebbe indotto la Corte EDU ad assumere questo atteggiamento così rigoroso,

pretendendo non il mero accertamento *incidenter tantum* di responsabilità, ma il formale pronunciamento di condanna quale condizione per l'applicazione della confisca.

Senonché i giudici nazionali italiani hanno sollevato questione di legittimità costituzionale. Dunque, cosa che succede quando una norma CEDU per come interpretata dalla Corte EDU appare configgente con altri principi costituzionali, che pure abbisognano di una protezione e hanno una base costituzionale?

I giudici *a quibus* hanno sollevato questione di costituzionalità e hanno dedotto il contrasto dell'art. 44 T.U.E., assolutamente interpretato dalla Corte EDU come norma che non consente l'applicazione della confisca senza previo pronunciamento formale di condanna o, detto diversamente, come norma che non consente l'applicazione della confisca nel caso di mero accertamento della responsabilità, seguito tuttavia da una declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione, con alcuni parametri costituzionali che tutelano altri beni pure dalla costituzione presidiati: il patrimonio artistico, culturale, dell'ambiente, eccetera.

I giudici hanno quindi sostenuto che la Corte EDU per tutelare il diritto di proprietà avrebbe preso una posizione confliggente con altri beni che la Costituzione italiana parimenti presidia e tutela.

I giudici *a quibus* però sollevano la questione di costituzionalità deducendo il contrasto con i parametri costituzionali, di cui si assume la compromissione, dell'art. 44 T.U.E., come interpretato alla luce della giurisprudenza Varvara, secondo cui non ci potrebbe essere confisca urbanistica senza pronunciamento formale di condanna sulla base di mero accertamento incidentale di responsabilità.

4. Sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale.

Interviene così la sent. n. 49/2015 Corte Cost., la quale dichiara inammissibile la questione, sulla base di una pluralità di argomenti:

Il **primo** attiene alla tecnica con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale.

Precedentemente, dopo aver ricostruito i rapporti tra CEDU, ordinamento nazionale e poteri del giudice, si era evidenziato che quando il giudice assume un ipotetico conflitto tra l'interpretazione che la Corte EDU dà alla CEDU ed altri valori costituzionali interni, deve sollevare questione di legittimità costituzionale deducendo il

contrasto con la norma costituzionale della legge italiana di adattamento alla CEDU, nella parte in cui consente l'ingresso nell'ordinamento nazionale di principi CEDU.

I giudici *a quibus*, nel caso in esame, non avevano dedotto il contrasto con alcuni parametri nazionali costituzionali della legge di adattamento, nella parte in cui consente l'ingresso nell'ordinamento nazionale del principio secondo cui la confisca urbanistica non può essere applicata sulla base di un mero accertamento *incidenter tantum* ma solo in forza di una sentenza formale di condanna, ma avevano sollevato questione di costituzionalità per contrasto con i parametri costituzionali dello stesso art. 44 T.U.E come interpretato dalla CEDU nel caso Varvara.

Sostiene la Corte Costituzionale che la Corte EDU non interpreta le norme nazionali in quanto il suo compito è quello di interpretare l'art. 7 CEDU e, laddove nel dare un contenuto alla norma, enuncia un principio che il giudice nazionale ritiene non compatibile con altri parametri costituzionali, il giudice nazionale deve sollevare il contrasto con i parametri di quel principio CEDU, di quella norma CEDU come interpretata, e quindi della legge di adattamento che consente l'ingresso nell'ordinamento nazionale della norma CEDU così interpretata.

La Corte Costituzionale ha quindi affermato che oggetto del giudizio incidentale di costituzionalità non è la norma nazionale per come interpretata dalla CEDU, ma la legge di adattamento che ha consentito di fare entrare in Italia norme dell'ordinamento CEDU, che, così come interpretate dalla Corte EDU, hanno un contenuto che il giudice *a quo* ritiene configgente con altri parametri costituzionali.

La Corte Costituzionale, non si è soffermata sulla dichiarazione di inammissibilità, ma è andata oltre e ha sostenuto per di più che quella questione è inammissibile, non soltanto per la tecnica con cui è stata sollevata, ma anche da punto di vista contenutistico: perché la sentenza Varvara non ha enunciato questo principio, o comunque non lo ha enunciato in maniera così certa, cioè la Corte Costituzionale, con la sentenza del 2015, mette in discussione che dalla sentenza Varvara sia stato enunciato con certezza il principio secondo il quale la confisca urbanistica italiana presuppone senz'altro il pronunciamento formale di condanna e non può essere applicata sulla base del solo accertamento incidentale di responsabilità.

5. Conclusioni

La Corte Costituzionale, dunque, sostiene che non è detto che i giudici della Corte EDU

abbiano affermato inderogabilmente che non vi possa essere confisca urbanistica sul solo presupposto dell'accertamento incidentale di responsabilità, seguito da una declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione.

La Consulta mette in discussione la lettura che i giudici nazionali hanno dato di Varvara, mette in discussione a monte il principio, sicché oggi sulla base di questa rilettura di Varvara si mette in discussione che il giudice nazionale non possa applicare la confisca anche in un processo conclusosi con declaratoria di estinzione.

I giudici non si sono fermati alla prima ragione di inammissibilità, perché hanno voluto dare un indirizzo per le decisioni future, sostenendo, a prescindere dall'inammissibilità della questione in ragione della tecnica con cui è stata sollevata, di non condividere la lettura che della sentenza Varvara molti giudici nazionali danno, e cioè che in virtù dei principi CEDU non è possibile applicare a confisca urbanistica soltanto sulla base dell'accertamento incidentale, sostenendo in definitiva che la confisca può essere applicata anche sulla base del solo accertamento incidentale.

Infine, si può concludere affermando che quando nella sentenza Varvara si parla di pronunciamento di condanna, si voleva dire non pronunciamento formale di condanna ma sostanziale accertamento di responsabilità.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Corte cost., sent., 26 marzo 2015, n. 49.

[2] Corte e.d.u., 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia.

[3] Cass., Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, in *CED Cass.*, n. 245347; conf. Cass., Sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066, in *CED Cass.*, n. 255112;

[4] Corte e.d.u., 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *Cass. pen.*, 2014, 1392;

[5] F. Viganò, *La consulta e la tela di Penelope*, in www.penalecontemporaneo.it

[6] Cfr. V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, cit., secondo il quale la tutela dei terzi acquirenti dei beni lottizzati impone, ai fini della legittimità della misura ablativa, non il mero accertamento negativo della insussistenza di elementi da cui possa escludersi lo stato di buona fede, bensì la prova positiva della loro responsabilità.

[7] V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.penalecontemporaneo.it

[8] M. Bignami, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, Cedu e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it

[9] Cass., Sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273, in *CED Cass.*, n. 248409; conf. Cass., Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756, in *CED Cass.*, n. 251195; Cass., Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 48680, in *CED Cass.*, n. 254077; Cass., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, in *CED Cass.*, n. 255596.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE A CARICO DELL'AMMINISTRATORE DELLA SOCIETÀ PER AZIONI

Disamina della normativa civilistica preposta ad attuare la responsabilità degli amministratori di società per azioni.

Francesco Rizzello - Pubblicazione, venerdì 12 maggio 2017
Redattore: **Emmanuel Luciano**

Sommario: 1. Premessa; 2. Disciplina dell'organo amministrativo e responsabilità ex art. 2392 c.c.; 3. L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte dei soci; 4. L'esercizio dell'azione sociale da parte dei creditori della società; 5. Interessi degli amministratori e duty of loyalty.

1. Premessa

La tematica della responsabilità degli amministratori di società per azioni riveste notoriamente una rilevanza centrale all'interno del diritto societario, in quanto la funzione gestoria caratterizza la società non solo da un punto di vista giuridico ed economico, ma nella prospettiva legislativa post-riforma diviene elemento qualificante la tipologia societaria adottata dall'impresa, con importanti conseguenze ad ogni livello normativo, ivi compresi, per l'appunto, gli aspetti pertinenti al regime di responsabilità, come anche i diritti dei soci nell'assetto marcatamente corporativo della società per azioni rispetto alla compagine a carattere maggiormente personalistico della società a responsabilità limitata (in quest'ultima prospettiva menzionata, come non fare riferimento all'art. 2468, co. 3 c.c., dettato in ambito di società a responsabilità limitata, per cui *“resta salva la possibilità che l'atto costitutivo preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili”*).

2. Disciplina dell'organo amministrativo e responsabilità ex art. 2392 c.c.

La disciplina generale relativa agli amministratori nella società per azioni si apre con la norma dettata dall'art. 2380-bis c.c., la quale prevede che *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”*.

È la prima volta che tale principio risulta con tale chiarezza a livello normativo¹, in quanto la disposizione è stata inserita nel codice civile con la riforma delle società di capitali del 2003. La norma segna sotto diversi punti di vista una svolta nella sistematica codicistica, in quanto il legislatore prende atto del dato per cui la società per azioni costituisce il modello organizzativo principe per un'impresa di grandi dimensioni orientata alla raccolta tra il pubblico del capitale di rischio, e, su ciò basandosi, necessita inevitabilmente di un organo gestorio altamente specializzato: così conducendo all'ulteriore risultato per cui nella s.p.a. risulta essere regola generale che l'amministrazione della società possa essere affidata anche a non soci (2380-bis, co. 2 c.c.); nella s.r.l., invece, ciò è previsto in via di eccezione statutaria². In tale ottica, la competenza dell'organo amministrativo funge quale demarcatore tipologico tra i due sistemi alternativi della società per azioni e della società a responsabilità limitata. Ciò discende da una valutazione del legislatore, il quale ricerca un equilibrio tra esigenze di efficienza e le necessità di tutela per interessi che tipicamente si pongono su un piano di estraneità rispetto alla conduzione dell'impresa sociale, e tra essi in primo luogo quello degli azionisti-investitori³. Tuttavia, è proprio nell'ottica per cui i destinatari delle scelte compiute a livello amministrativo sono i c.d. *residual claimants*, ossia i soci-azionisti (così contrapposti ai c.d. *fixed claimants*, ossia i creditori della società non investitori), che l'ordinamento prevede la possibilità di intervento dell'assemblea degli azionisti in materia gestoria⁴. Bisogna pertanto comprendere in tale contesto la portata che assume l'art. 2364, co. 1, n. 5 c.c., il quale prevede che: "*Nelle società prive di consiglio di sorveglianza, l'assemblea ordinaria: ... 5) delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea, nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori, ferma in ogni caso la responsabilità di questi per gli atti compiuti*". Dalla norma emerge che la generale ed esclusiva competenza degli amministratori per la gestione dell'impresa soffre una limitata eccezione quando è la stessa legge che attribuisce all'assemblea la competenza a deliberare su determinati atti di gestione⁵. Si possono menzionare, a titolo esemplificativo: a) la proposizione, rinuncia e transazione dell'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c.; b) la proposta di concordato fallimentare ex art. 152, co. 2 l.f. e di concordato preventivo ex art. 161, co. 4 l.f.; c) atti degli amministratori che devono essere espressamente autorizzati dall'assemblea: acquisti da promotori, fondatori, soci e amministratori ex art. 2343-bis c.c.; acquisto di azioni proprie ex art. 2357, co. 2 c.c.; acquisto di azioni della controllante ex art. 2359-bis, co. 2 c.c.; acquisto

di partecipazioni che comporti una responsabilità illimitata dei soci per le obbligazioni sociali *ex art. 2361, co. 2 c.c.*; operazioni di contrasto all'acquisizione del controllo di una società quotata *ex art. 104 TUF*.

Si tenga tuttavia presente che, la deroga alla competenza assoluta degli amministratori è solo parziale, in quanto anche nei casi summenzionati, l'iniziativa (sottoposizione all'assemblea e la sua convocazione) e l'esecuzione delle decisioni dell'assemblea spetta inderogabilmente ed esclusivamente agli amministratori⁶. Da notare peraltro il dato normativo fondamentale per cui resta ferma in ogni caso la responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti. Ciò discende fondamentalmente da tre ordini di considerazioni. Anzitutto, il dato per cui gli amministratori, nello svolgimento delle loro attribuzioni, agiscono nell'interesse di altri, ossia degli azionisti⁷. In secondo luogo, esercitano un potere caratterizzato da margini amplissimi di discrezionalità nelle decisioni gestorie ad essi demandate⁸. Ciò comporta che inevitabilmente essi dovranno rispondere dell'operato posto in essere in base a dei canoni da loro sanciti nell'esecuzione del proprio incarico. Infine, anche in contesti nei quali è lecito delegare l'esecuzione di determinate iniziative a soggetti terzi, come avviene nel caso del direttore generale, oppure in un contesto in cui la società si avvalga della pratica di *outsourcing*, deve sempre rimanere intatto il principio di responsabilità degli amministratori per gli atti posti in essere da soggetti ai quali determinati compiti furono delegati, e ciò discende da una considerazione gerarchica dell'organo gestorio, il quale è centro del potere di direzione ed in quanto tale caratterizzato da una supremazia gerarchica nei confronti degli altri soggetti, ma anche da una necessità di certezza che si concreta nella imputabilità del danno eventualmente prodottosi ad un centro direzionale individuato *a priori*⁹.

L'art. 2381 c.c., rubricato "Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati", reca delle importanti disposizioni in ambito gestorio dalle quali si ricavano diversi principi portanti il disegno di diritto positivo in materia di responsabilità degli amministratori di s.p.a. Tentando di individuare i tratti più innovativi della riforma si deve avere riguardo al ruolo centrale assegnato dal legislatore all'informazione e alla trasparenza, sia come canone dell'agire del buon amministratore, sia come strumento di "tracciabilità" dei comportamenti anche al fine della ricostruzione dei profili di responsabilità¹⁰. Ciò emerge con chiarezza fin dal primo comma dell'articolo, ove si prevede che "*il presidente...provvede affinché adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri*". Il secondo comma

della disposizione prevede la possibilità di prevedere nello statuto o di consentire tramite delibera assembleare la possibilità per il consiglio di amministrazione di delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo composto da alcuni dei suoi componenti, o ad uno o più dei suoi componenti. La seconda forma dà luogo alla figura dell'amministratore delegato. La differenza tra l'ipotesi del comitato esecutivo e quella della pluralità di consiglieri delegati consiste nell'essere il primo un organo collegiale, che funziona secondo le regole stabilite nello statuto o, in assenza, applicando analogicamente le norme sul consiglio di amministrazione; gli altri sono, invece, svincolati dal metodo collegiale e agiscono, a seconda di ciò che è stabilito nello statuto o nell'atto di nomina, disgiuntamente o congiuntamente, come è previsto per gli amministratori di società di persone¹¹.

Il terzo comma riveste una particolare importanza, in quanto prevede che il consiglio di amministrazione debba valutare *“l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”* sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati. Inoltre, *“quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società”* e *“valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione”*.

La disposizione va letta congiuntamente al quinto comma, il quale prevede che *“gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo...”*, concretandosi poi gli obblighi di informativa e controllo nella paradigmatica norma che reca il sesto comma: *“gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società”*. Il canone dell'agire in modo informato assurge a paradigma generale di comportamento del buon amministratore¹². La disposizione contiene il concetto di *duty of care* facente capo all'amministratore, e quindi concretamente la qualità che la diligenza impiegata deve presentare; l'informazione deve essere preventivamente e generalmente posta alla base di qualsiasi azione posta in essere dall'amministratore, essendo egli esposto a responsabilità qualora la ricerca dell'informazione non abbia fondato il canone del suo agire o sia posta alla base delle decisioni che è chiamato a compiere. Tale obbligo ha portata generale ed è intrinseco ad

ogni valutazione di comportamenti in termini diligenza, e si specifica nella società per azioni alla luce dei concreti assetti organizzativi adottati dalla singola società e del modo in cui essi garantiscono un adeguato flusso di informazioni; non si tratta perciò, come invece avviene nella società a responsabilità limitata, di valutare genericamente se il singolo amministratore ha con diligenza ricercato le informazioni necessarie per le sue scelte, ma se vi è responsabilità nel modo in cui quegli assetti organizzativi sono stati apprestati e concretamente utilizzati¹³.

Gli aspetti menzionati conducono inevitabilmente alla trattazione della norma fondamentale su cui s'impenna lo *standard* di diligenza nell'adempimento dei doveri da parte dell'organo amministrativo, ed alla base del quale è quindi da valutare ogni qualsivoglia responsabilità degli stessi sul versante civilistico. Nel regime previgente, la diligenza dell'amministratore era ancorata al concetto di diligenza del buon padre di famiglia (1176, co. 1 c.c.), anche se dottrina e giurisprudenza erano orientati verso l'inquadramento della diligenza come qualificata (1176, co. 2 c.c.)¹⁴.

L'art. 2392 c.c., rubricato "Responsabilità verso la società" dispone: "*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze. Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori*" (co. 1).

La responsabilità nei confronti della società costituisce la prima e più importante ipotesi di responsabilità¹⁵. Procedendo con ordine, si noti anzitutto come le fonti dei doveri degli amministratori sono da un lato la legge, e dall'altro lo statuto; soprattutto, è da porre in rilievo lo standard di diligenza che viene richiesto dall'amministratore, ossia la "diligenza richiesta dalla *natura dell'incarico* e dalle loro *specifiche competenze*". Non basta quindi la diligenza dell'uomo medio, occorre la diligenza del buon amministratore determinata non in astratto, ma in funzione della natura dell'incarico e delle specifiche competenze del singolo amministratore: in altre parole, per determinare la diligenza dovuta si dovranno considerare la dimensione della società e dell'impresa esercitata, la tipologia di quest'ultima e le qualità individuali dell'amministratore che hanno costituito la base per la sua nomina¹⁶. Si tratta infatti di un'attività la quale, poiché riguarda una gestione imprenditoriale e poiché soprattutto è intesa nell'interesse di chi in essa ha investito e perciò ha scelto direttamente o indirettamente (come avviene nel sistema

dualistico) i soggetti cui affidarla, non può essere esaurientemente valutata sulla sola base del generico paradigma del mandatario: essa presenta un contenuto professionale che non consente di prescindere dall'indicazione generale del secondo comma dell'art. 1176 c.c.¹⁷.

Vi è autorevole dottrina¹⁸ la quale sostiene che l'indicazione delle “specifiche competenze” alle quali parametrare la diligenza nell'adempimento degli obblighi imposti all'amministratore sia, se pur non espressamente qualificata in tali termini dal legislatore, un richiamo alla perizia, la quale rileverà in tutte le ipotesi in cui le qualità del singolo amministratore perito di determinate materie assumano un connotato essenziale della sua assunzione, delega o abbiano contribuito in maniera significativa a giungere ad una determinata delibera.

Tale considerazione può ritenersi esplicitazione del summenzionato *duty of care*, il quale nella società per azioni, ma non nella società a responsabilità limitata, viene individuato sulla base di una prospettiva la quale considera gli amministratori non tanto per gli interessi imprenditoriali di cui sono portatori nella società, quanto per le loro caratteristiche professionali nella cui considerazione è avvenuto l'affidamento dell'incarico¹⁹. È quindi necessario fornire una maggiore specificazione del paradigma del buon amministratore, ammettendo che il significato professionale dell'incarico amministrativo non consente di elaborare *in via generale* un paradigma del buon amministratore, non potendosi assumere tale qualificazione in termini oggettivi, ma soltanto soggettivi, alla luce cioè della specifica posizione del singolo soggetto; ne risulta pertanto una prospettiva che in certo modo “responsabilizza” i soci al momento della scelta degli amministratori.

Gli amministratori rispondono solidalmente nei confronti della società, “a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori”. Deve quindi trattarsi di funzioni *attribuite* al comitato esecutivo, oppure di funzioni *in concreto* attribuite ad amministratori (delegati). Ciò significa che per aversi limitazione della responsabilità degli amministratori senza delega non è necessaria una formale delibera del consiglio di amministrazione di nomina del delegato e di attribuzione allo stesso di determinati poteri, ma è sufficiente che “in concreto” determinate funzioni siano attribuite a uno o più amministratori (e siano da loro effettivamente esercitate: se l'amministratore delegato, come spesso avviene, fa decidere dal consiglio di amministrazione materie od operazioni che pur rientrano nella

sua delega, l'intero consiglio di amministrazione è responsabile, senza alcuna limitazione, dell'operazione portata al suo esame)²¹bonelli-p.48.

La riforma delle società di capitali del 2003 ha inciso, sul secondo comma dell'art. 2392 del testo previgente, come chiaramente si evince dalla Relazione: “la eliminazione dal precedente comma 2 dell'art. 2392 dell'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituita da specifici obblighi ben individuati (v. in particolare gli artt. 2381 e 2391), tende, pur conservando la responsabilità solidale, ad evitare sue indebite estensione che, soprattutto nell'esperienza delle azioni esperite da procedure concorsuali, finiva per trasformarla in una responsabilità sostanzialmente oggettiva, allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili” (6.III.4). Il legislatore si è pertanto mosso con lo scopo di individualizzare la responsabilità del singolo amministratore, e di limitare gli effetti pregiudizievoli in termini di responsabilità esclusivamente alla sua persona, qualora gli ulteriori membri dell'organo collegiale siano effettivamente esenti da colpa. L'attuale lettera del secondo comma prevede che *“in ogni caso gli amministratori...sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”*. La norma sembra porre uno standard comportamentale dell'agire collegiale dell'organo. Qualora vengano ravvisati dei comportamenti potenzialmente lesivi degli interessi della società (la potenzialità del danno quale criterio si ricava dall'obbligo di impedire il compimento di un determinato atto, il che presuppone la conoscenza della sua possibile lesività) o si verifichi un comportamento pregiudizievole, è obbligo dell'organo in quanto tale di attivarsi affinché il danno venga eliminato *ex ante* o attenuato o eliminato *ex post*. Il terzo comma della disposizione in esame pone un correttivo al principio appena esposto, sancendo che: *“la responsabilità per gli atti o le omissioni degli amministratori non si estende a quello tra essi che, essendo immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale”*. Viene con tale norma valorizzata nuovamente la natura individualizzata della responsabilità gestoria, secondo un principio per cui deve rispondere del danno solamente colui o coloro tra gli amministratori che abbiano effettivamente cagionato il danno agli interessi sociali. In tale ottica viene data la possibilità agli amministratori esenti da colpa di attivarsi efficacemente al fine di prevenire una indebita estensione della responsabilità. Qualora non provvedano, risponderanno in base al medesimo titolo

di responsabilità, essendo il consiglio di amministrazione un organo collegiale il quale risponde tendenzialmente collettivamente nei confronti della società e al quale gli obblighi previsti dalla legge e dallo statuto sono imposti nella medesima prospettiva collegiale. La responsabilità dei singoli amministratori, ad esempio coloro che sono muniti di delega o che fanno parte del comitato esecutivo, è l'eccezione rispetto alla regola.

Bisogna sottolineare come la responsabilità degli amministratori si fonda sull'inosservanza di obblighi previsti dalla legge o dallo statuto. Si tratta di *inadempimenti* in senso tecnico. Con ciò si vuole cogliere la natura squisitamente giuridica della responsabilità, che discende in questo contesto da una considerazione in negativo rispetto alla responsabilità per i risultati economici: di ciò la legge giustamente si disinteressa, in quanto non può fondarsi la responsabilità dell'organo amministrativo su di un esercizio negativo in termini di ricavi dell'impresa, ma neanche può fondarsi sulla intervenuta liquidazione della società o sulla dichiarazione di fallimento della medesima.

Ciò che viene in definitiva sanzionato dal legislatore è il disinteresse, da parte degli amministratori, del perseguimento del loro obiettivo primario in quanto caratterizzante la funzione gestoria, ossia il mancato perseguimento dell'interesse sociale, il quale si erge quale valore supremo nell'ottica dirigenziale della società e che deve fondare tutte le scelte compiute a livello verticistico.

Senza tale componente decisionale le scelte poste in essere non possono *a priori* realizzare un risultato utile per la società considerata nel suo complesso; che poi le scelte così compiute non vada necessariamente a buon fine è un altro discorso, ed una volta adempiuto tale obbligo fondamentale in aggiunta agli ulteriori obblighi derivanti dalla legge o dallo statuto, gli amministratori non possono essere ritenuti responsabili dell'andamento economico della società (business judgment rule).

L'interesse sociale veniva in passato identificato nella massimizzazione del profitto. Tuttavia, oggi si è giunti ad una variabilità della nozione, dovendosi tenere conto delle evoluzioni che ha subito l'utilizzo della forma della società per azioni, la quale si presta oggi ai più svariati fini imprenditoriali e non è più limitata al perseguimento del mero fine del lucro.

In definitiva, il problema di stabilire che cosa l'amministratore debba fare in una specifica circostanza per comportarsi diligentemente, può essere risolto solo in concreto,

con riferimento a tutte le particolarità delle singole situazioni; si è pertanto detto che è “il giudice che in definitiva dovrà apprezzare, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso (tipo di società amministrata, sue dimensioni e settore dell’attività esercitata, sue strutture e possibilità finanziarie, importanza e condizioni dell’operazione relativamente alla quale si discute, tempo a disposizione dell’amministratore per prendere la decisione, ecc.) ... se il comportamento dell’amministratore debba o no – alla stregua di come si comportano normalmente gli amministratori in analoghe circostanze – essere qualificato diligente”.

3. L’esercizio dell’azione sociale di responsabilità da parte dei soci

Una volta esaurita la trattazione relativa agli aspetti di natura sostanziale della responsabilità degli amministratori nei confronti della società, è necessario occuparsi delle modalità con cui l’azione sociale di responsabilità può essere esercitata. Le norme in materia sono gli artt. 2393 e 2393-bis c.c., rispettivamente recanti la disciplina in materia di azione sociale di responsabilità e di azione sociale di responsabilità esercitata dai soci. Nel primo caso l’azione sociale è esercitata direttamente dalla società, mentre nel secondo caso è esercitata dai soci, sempre nell’interesse della società²³.

Partendo dalla prima disposizione, si prevede che *“l’azione di responsabilità contro gli amministratori è promossa in seguito a deliberazione dell’assemblea, anche se la società è in liquidazione”* (co. 1).

La scelta normativa di rimettere ai soci riuniti in assemblea la decisione se agire nei confronti degli amministratori per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni cagionati alla società deriva non solo da evidenti ragioni di opportunità, ma anche (e anzi soprattutto) dalla constatazione che i soci, in quanto destinatari ultimi dei risultati dell’attività, sono legati ai gestori dell’impresa da un rapporto fiduciario che, come giustifica il potere di nomina e revoca, così spiega perché, in caso di lesione di tale rapporto, debbano essere i titolari dell’interesse sostanziale pregiudicato dalla *mala gestio* a poter decidere le iniziative da intraprendere nei riguardi degli amministratori²⁴.

L’azione deve essere deliberata dalla maggioranza dell’assemblea; è però raro che la maggioranza deliberi l’azione di responsabilità contro i “propri amministratori”, che essa stessa ha nominato: quando ciò è avvenuto, si è per lo più trattato di ipotesi nelle quali era mutata la maggioranza assembleare, a seguito della vendita del pacchetto di controllo della società²⁵.

Al di fuori di queste rare ipotesi, le numerose azioni di responsabilità che risultano dai repertori di giurisprudenza sono in genere state esercitate da procedure fallimentari, ai sensi dell'art. 146, co. 2 l.f.²⁶. La riforma ha introdotto quale disposizione innovativa il co. 3, che prevede la possibilità che l'azione sociale di responsabilità sia promossa anche a seguito di deliberazione del collegio sindacale, assunta con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti. Pare doveroso a questo punto richiamare la norma dell'art. 2403 c.c.: *“Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento”*. Quest'ultima norma fornisce un collegamento razionale alla nuova disposizione, la quale mette a disposizione della società un ulteriore strumento per far valere la responsabilità dell'organo amministrativo per inadempimento dei doveri derivanti dalla legge o dallo statuto. Si tratta di una regola che sancisce *“un'ipotesi di eterotutela dell'interesse sociale”*²⁷, e che al pari dell'altra contenuta nell'art. 2393-bis c.c. mira a superare la naturale *“ritrosia”* della maggioranza ad agire nei confronti di soggetti che essa stessa ha nominato, riconoscendo – eccezionalmente – ad un organo diverso dall'assemblea il potere di decidere in ordine all'esercizio dell'azione²⁸. Tuttavia la norma presenta una scarsa incisività e il suo apporto sostanziale è da ritenersi alquanto esiguo, considerato che i sindaci sono nominati dalla medesima maggioranza che ha nominato il consiglio di amministrazione e che essi rischiano di incorrere in responsabilità solidale con i medesimi (proprio in forza della richiamata norma che sancisce gli obblighi del collegio sindacale); il tutto corroborato dal dato della sostanziale assenza di pronunce in materia²⁹.

Il co. 4 della norma in esame prevede che *“l'azione può essere esercitata entro cinque anni dalla cessazione dell'amministratore dalla carica”*. Il dettato normativo, apparentemente chiaro ed inequivoco, ha dato tuttavia luogo a contrasti interpretativi in merito al *dies a quo* dal quale decorre il termine di prescrizione per l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità. Prima del 2003, in assenza di un precetto analogo a quello attualmente vigente, si riteneva pressoché senza contrasti che l'esercizio dell'azione *ex art. 2393 c.c.* fosse sottoposto al termine di prescrizione quinquennale fissato dall'art. 2949 c.c.³⁰, decorrente però *“non già dal compimento della violazione, ma dal prodursi del danno a carico della società”*³¹ ed attribuendo rilievo al momento in cui l'evento dannoso potesse essere rilevato *“con la diligenza cui i vari organi sociali sono tenuti nell'adempimento delle loro diverse attribuzioni”*³². L'opinione in senso

opposto argomentava per una decorrenza a partire dal compimento dell'evento dannoso, anziché per il momento in cui era riscontrabile la produzione del danno. A seguito dell'introduzione della norma il quadro rimane sostanzialmente immutato, non essendo intervenuta alcuna pronuncia definitivamente risolutiva del contrasto e continuando a sussistere la medesima divergenza in ambito dottrinale. Ciò che è certo è che la norma ha recepito il principio precedentemente fissato solamente all'art. 2949 c.c. e che è rimasta ferma l'applicabilità all'istituto in questione dell'art. 2941, n. 7, che prevede la sospensione della prescrizione finché gli amministratori restano in carica. L'azione può essere infatti esercitata entro cinque anni “dalla cessazione dell'amministratore dalla carica”.

Per quanto riguarda gli effetti della deliberazione, ai sensi del quinto comma “*la deliberazione dell'azione di responsabilità importa la revoca dall'ufficio degli amministratori contro cui è proposta, purché sia presa con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale sociale. In questo caso, l'assemblea provvede alla sostituzione degli amministratori*”. Il che significa che la promozione dell'azione di responsabilità non comporta automaticamente la revoca dell'amministratore dalla carica, salvo che venga assunta con il voto favorevole di almeno un quinto del capitale³³.

Affinché costoro siano revocati dall'incarico occorre una separata ed espressa delibera di revoca ai sensi dell'art. 2383, co. 3 c.c. (eventualmente da assumere nella stessa assemblea convocata per l'esercizio dell'azione di responsabilità, purché tale punto figuri all'ordine del giorno), qualora la percentuale di un quinto non sia stata raggiunta³⁴. Sia la dottrina che la giurisprudenza sono favorevoli ad ammettere che i soci-amministratori revocati possano votare nella delibera di nomina dei nuovi amministratori, che dovranno esercitare l'azione di responsabilità: ci si può domandare, però se tali soci-amministratori possano essere votati nuovamente alla carica di amministratori dalla quale sono appena stati automaticamente revocati; la soluzione positiva può a prima vista lasciare perplessi, ma, a ben vedere, pare corretta sia perché nell'elenco della cause di ineleggibilità alla carica di amministratore – che sono l'eccezione, e quindi, di stretta interpretazione – non compare né la semplice promozione dell'azione sociale di responsabilità, né l'eventuale successiva condanna, sia perché la *ratio* della revoca sta nella presunzione che il rapporto fiduciario tra società e amministratore sia incrinato (anche se l'azione deliberata fosse infondata), presunzione che la società ben può ribaltare, riaffermando esplicitamente la fiducia ai propri ex-amministratori³⁵. Ai sensi del sesto comma, “*la società può rinunciare all'esercizio*

dell'azione di responsabilità e può transigere, purché la rinuncia e la transazione siano approvate con espressa deliberazione dell'assemblea, e purché non vi sia il voto contrario di una minoranza di soci che rappresenti almeno il quinto del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale...". La rinuncia (o transazione), oltre ad essere espressa, non può avere contenuto generico: occorre, cioè, che la delibera indichi con precisione le singole operazioni o violazioni da cui derivano le pretese risarcitorie da rinunciare (o da transigere) dalla società, poiché solo in questo modo: (i) l'oggetto del negozio (di rinuncia o di transazione) è determinato o determinabile (v. l'art. 1346 c.c.); (ii) l'assemblea può procedere ad una cosciente e consapevole valutazione degli effetti della rinuncia (o transazione)³⁶.

Il legislatore della riforma ha poi, sulla scorta delle esperienze anglosassoni, al fine rinforzare il potere di controllo della minoranza, stabilito all'art. 2393-bis c.c. che l'azione sociale possa essere promossa anche da tanti soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo³⁷. Nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, l'azione può essere esercitata dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la minore misura prevista nello statuto (co. 2).

L'introduzione della disposizione rappresenta una delle novità più importanti dalla riforma del 2003 e costituisce una sorta di "*class action*", in quanto consente ai soci di minoranza che la esercitano di chiedere agli amministratori, a vantaggio della società, il risarcimento dell'intero danno causato alla società, e non solo del danno direttamente causato alla minoranza che esercita l'azione³⁸.

Si tratta di legittimazione concorrente ad esercitare l'azione sociale di responsabilità, in quanto la minoranza esercita l'azione in nome proprio, ma nell'interesse della società; in caso vengano esercitate più azioni sociali da parte di diversi legittimati, le diverse azioni potranno essere riunite per connessione³⁹.

L'art. 2395 si occupa di disciplinare l'azione individuale del socio o del terzo, prevedendo che "*le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi o dolosi degli amministratori*". La norma non dice quale azione spetta al singolo terzo o al singolo socio, ma dice che le precedenti azioni non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno, spettante al singolo socio o al terzo che

sono stati direttamente danneggiati da atti dolosi o colposi degli amministratori: da ciò si dovrebbe desumere che la fonte della responsabilità dell'amministratore nei confronti del singolo socio e del terzo, richiamata nell'art. 2395 c.c., sia altrove, e precisamente nell'art. 2043 c.c.⁴⁰. Vi è, tuttavia anche chi sostiene che si debba differenziare a seconda dei casi. Se la responsabilità degli amministratori deriva dalla violazione di preesistenti obblighi loro imposti dalla legge o dallo statuto in conseguenza e per il fatto del rapporto di amministrazione che li lega alla società, si rientra nell'ambito della responsabilità contrattuale; se la responsabilità degli amministratori deriva dalla commissione di fatti colposi o dolosi che rechino un danno ingiusto a terzi (al di fuori ed indipendentemente dalla violazione di precedenti obbligazioni derivanti dal rapporto di amministrazione), allora si rientra nell'ambito della responsabilità extracontrattuale: in questo caso l'azione esperita non sarà quella di cui all'art. 2395 c.c. come nel primo caso, bensì quella generale *ex art. 2043 c.c.*⁴¹. La differenza tra le azioni di cui agli artt. 2393-2394 (quest'ultima verrà analizzata nel paragrafo successivo) e quella di cui all'art. 2395 c.c. consiste nella diversa incidenza del danno arrecato dalla violazione dell'amministratore: se il danno *incide sul patrimonio sociale*, si hanno le azioni di cui agli artt. 2393-2394 c.c.; se, invece, il danno *incide "direttamente" sul patrimonio del socio o del terzo*, si ha l'azione individuale di cui all'art. 2395 c.c.⁴².

Il danno "diretto" si concretizza nel pregiudizio subito dal loro diritto agli utili, oppure nella diminuzione di valore della loro partecipazione⁴³. A proposito la Suprema Corte ha affermato (Cass., 28 febbraio 1998, n. 2251) che *"il danno risarcibile ex art. 2395 è solo quello incidente direttamente sul patrimonio del terzo, del creditore o del socio per effetto del comportamento doloso o colposo dell'amministratore nell'esercizio delle sue funzioni; non anche il danno che colpisce il patrimonio della società e, solo in via mediata e di riflesso, quello del terzo o del socio. In altri termini, mentre nel caso dell'azione individuale il danno deve incidere direttamente sul patrimonio del terzo o del socio, nelle altre due ipotesi (art. 2393 e 2394) esso pregiudica, immediatamente il patrimonio sociale e solo in via mediata e riflessa incide su quello dei singoli soci o creditori"*.

Il caso tipico che (secondo MINERVINI) ha determinato l'introduzione nel codice civile dell'art. 2395 è quello dell'amministratore che induce, mediante la redazione di bilanci falsi, i soci o terzi alla sottoscrizione o all'acquisto di azioni a prezzo insostenibile, provocando con ciò un danno diretto (solo) al loro patrimonio (e nessun danno al

patrimonio sociale)⁴⁴.

4. L'esercizio dell'azione sociale da parte dei creditori della società

La natura della responsabilità dell'organo amministrativo nei confronti dei creditori della società è enunciata al primo comma dell'art. 2394 c.c.: *“Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.”*

In tale ottica *“l'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti”* (co. 2). I presupposti sono pertanto due: da un lato, gli amministratori devono aver violato qualche precetto normativo specifico, qualche disposizione statutaria o l'obbligo di diligenza, determinando una riduzione del patrimonio sociale; dall'altro, quest'ultimo, in virtù di tale riduzione, non è sufficiente a far fronte alle obbligazioni della società e dunque a soddisfare i creditori⁴⁵. Da ciò deriva che la sede normale in cui questa azione è esercitata è il fallimento (o altra procedura dalla quale risulti l'insufficienza del patrimonio sociale)⁴⁶. Si è peraltro dibattuto in merito alla natura della responsabilità in capo agli amministratori, argomentando una parte in favore della natura diretta ed autonoma, e l'altra a favore della natura surrogatoria (rispetto alla responsabilità generale *ex art. 2392 c.c.*). Le ricadute pratiche di tali diverse impostazioni si manifestano prevalentemente per quanto riguarda il tema dell'onere della prova. Infatti, sostenendo la prima tesi si avrebbe un inquadramento di tipo contrattuale della responsabilità, ed in conseguenza di ciò un onere probatorio in capo ai creditori che riguarda la sussistenza di violazioni di obblighi previsti dalla legge o dallo statuto, e spettando quindi agli amministratori l'onere probatorio in merito alla insussistenza del loro agire colposo.

Argomentando a favore della seconda tesi si avrebbe una qualificazione della responsabilità come extracontrattuale, e quindi connotata da un onere probatorio più gravoso, in quanto caratterizzato dalla necessità di provare la sussistenza oltre che dell'elemento soggettivo della colpa, anche quello della ingiustizia del danno, in base allo schema consueto dell'art. 2043 c.c. Si rinvengono sia in dottrina che in giurisprudenza altresì posizioni divergenti in merito alla natura dell'azione così esercitata: da un parte la si inquadra come diretta ed autonoma (il cui esito andrebbe, pertanto, a loro diretto vantaggio; dall'altra vi è chi argomenta a favore della natura

surrogatoria (qualificando il vantaggio che ne trarrebbero i creditori solo come indiretto in seguito al generale accrescimento del patrimonio sociale). La rilevanza pratica dell'una o dell'altra posizione è fortemente diminuita dalla considerazione per cui, essendo questa tipologia di azione esercitata prevalentemente nell'ambito di procedure concorsuali, l'azione del curatore è diretta in ogni caso ad incrementare la massa attiva del fallimento, quale che sia la qualificazione dell'azione.

5. Interessi degli amministratori e duty of loyalty

L'art. 2391 c.c. dispone che: *“L'amministratore deve dare notizia agli altri amministratori e al collegio sindacale di ogni interesse che, per contro proprio o di terzi, abbia in un determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata; se si tratta di amministratore delegato, deve altresì astenersi dal compiere l'operazione, investendo della stessa l'organo collegiale, se si tratta di amministratore unico, deve darne notizia alla prima assemblea utile”* (co. 1).

Si tratta di una delle principali novità apportate dalla riforma del 2003, la quale si pone in modo innovativo rispetto al sistema previgente. Viene dato rilievo a qualunque interesse un amministratore abbia in un'operazione della società, e non più unicamente a quelli conflittuali rispetto all'interesse sociale⁴⁷. Si deve peraltro dare rilievo alla formulazione contenuta nel primo periodo della norma, secondo cui l'amministratore è tenuto a “dare notizia” di ogni tipo di interesse del quale sia titolare. Ciò è agevolmente ricollegabile alle considerazioni svolte in merito alla centralità del ruolo dell'informazione nell'assetto normativo disegnato con la riforma delle società di capitali, ricordando che “l'agire informato” assurge quale canone supremo che deve caratterizzare in maniera fondamentale gli atti posti in essere dall'amministratore di società per azioni. Peraltro proprio a fronte di tale nuovo assetto normativo che assegna all'informazione il ruolo centrale, non è più previsto il dovere di astensione in capo all'amministratore titolare dell'interesse, a meno che non si tratti di amministratore delegato, oppure vi sia stata inosservanza dei doveri di informazione oppure la deliberazione del consiglio o del comitato esecutivo sia stata adottata con il voto determinante dell'amministratore interessato; tuttavia, in entrambi i casi la possibilità di impugnare la deliberazione così adottata è subordinata alla ricorrenza del requisito della potenziale dannosità per la società della deliberazione (co.3). Pare si possa a riguardo cogliere una prospettiva legislativa che valorizza in maniera preponderante il valore oggettivo che risulta dalla deliberazione per la società, anziché assegnare importanza al

contributo soggettivo dell'amministratore interessato *sic et simpliciter*; in termini fattuali, un'irrelevanza del contributo non decisivo dell'amministratore interessato, persino in conflitto, e quindi in definitiva una *ratio* sottostante di maggiore stabilizzazione delle decisioni prese dalla società in quanto tale; una considerazione dell'interesse soltanto qualora possa inficiare la bontà della deliberazione assunta: a ben vedere, la medesima ragione alla base della nuova disciplina in materia di impugnativa delle deliberazioni assembleari (Angelici⁴⁸). Il c.d. *duty of loyalty*, il quale può essere tradotto letteralmente in "dovere di fedeltà", evidenzia un approccio legislativo il quale muove dal presupposto che in via normale la posizione degli amministratori, come professionisti, sia fondamentalmente di "neutralità" rispetto all'attività sociale, nel senso cioè che in principio loro interesse sia esclusivamente quello concernente il suo proficuo e corretto andamento⁴⁹. Il "dovere di fedeltà", in quanto tale, necessariamente precede il *duty of care*, che deve connotare l'attività dell'amministratore il quale sia però, prima ancora che diligente, fedele alla società per la quale opera. Infatti, è patrimonio comune del diritto societario a livello internazionale che, seppure con diverse sfaccettature e accezioni nei differenti ordinamenti, gli amministratori esplicano le loro funzioni sulla base di una relazione di natura fiduciaria che li lega alla collettività dei soci per il tramite della società: gli amministratori, nell'ambito dell'esercizio delle loro funzioni, non possono avere nessun'altra guida che non sia l'interesse della società⁵⁰.

La riforma attribuisce rilievo ad ogni "interesse particolare" (Paolo Spada) dell'amministratore, che viene in considerazione non solo quando sia in conflitto con l'interesse sociale, ma anche quando sia neutro o addirittura conforme all'interesse della società⁵¹. Rientrano nell'ambito della disposizione sia gli interessi natura patrimoniale, quanto non patrimoniale (si pensi all'assunzione o alla promozione di un parente dell'amministratore ad un ruolo dirigenziale). Si è inoltre precisato in dottrina che "l'interesse è del tutto marginale, remoto, insignificante, non vi è, evidentemente, alcun conflitto d'interessi da prevenire e dunque non vi è ragione di applicare la disposizione di cui si tratta"⁵².

Tuttavia, una delle più importanti novità introdotte dalla norma si rinviene proprio nel dato per cui essa, dando rilievo potenzialmente ad ogni interesse dell'amministratore, sottrae all'amministratore interessato la valutazione circa la rilevanza dell'interesse stesso, essendo venuto meno il requisito previgente del "conflitto". L'uso dell'aggettivo "ogni", e l'imposizione di comunicare la "portata" e la "natura" dell'interesse fanno

pensare che l'intento del legislatore sia stato quello di imporre la più ampia comunicazione della titolarità di interessi collaterali dell'amministratore in una determinata operazione⁵³. In senso contrario si argomenta considerando l'ipertrofia delle comunicazioni che sarebbero da far pervenire all'organo collegiale e che avrebbe come effetto collaterale ed indesiderabile quello intasare l'operato dell'organo collegiale, gravandolo di questioni spesso "bagatellari" inidonee ad influire in maniera rilevante sulla società⁵⁴. In senso contrario sembrerebbe deporre invece la stessa Relazione alla riforma delle società di capitali, della quale si citano di seguito due passaggi particolarmente significativi: *"l'ampia circolazione delle informazioni sulla gestione, con particolare trasparenza sulle operazioni relativamente alle quali gli amministratori possano, anche per conto terzi, avere un interesse, tende da un lato a rendere efficaci ed utili le riunioni e le deliberazioni del consiglio ... e, d'altro lato, a definire un'articolazione interna del consiglio e del suo funzionamento in cui i rispettivi poteri e doveri del consiglio e degli organi delegati siano delineati con precisione, in modo che anche le rispettive responsabilità possano essere rigorosamente definite"*; *"il ... rigore di questa disciplina vuole sottolineare non solo che qualsiasi amministratore, essendo un gestore di un patrimonio altrui, non può approfittare della sua posizione per conseguirne diretti o indiretti vantaggi, ma, soprattutto, il valore della trasparenza nella gestione delle società"*. I fini dichiaratamente perseguiti dal legislatore della riforma sono altamente meritevoli e perseguono nel loro complesso il fine di creare un circuito informativo efficace che renda l'agire dell'organo amministrativo collegiale il più efficiente possibile; rientra nell'ambito di tale efficienza anche la caratteristica della pronta individuazione di problematiche legate a situazioni in cui un conflitto sussiste: ed è quindi lecito chiedersi se a fronte di tali obiettivi non sia invece preferibile propendere per una interpretazione estensiva della lettera della legge, con la quale imporre una *disclosure* più ampia riguardo agli interessi che sussistono in capo al singolo amministratore. L'opinione a favore di un'interpretazione restrittiva, argomentando in base alla rilevanza (quale sinonimo di non marginalità) dell'interesse, ed alla necessità che l'agire dell'organo gestorio non venga ostruito da comunicazioni di scarsa importanza, pare presupporre una diligenza nelle comunicazioni relative ad interessi degli amministratori la quale invece non sembra essere presupposta dal legislatore della riforma. In altri termini, il legislatore della riforma, nell'ampliare gli obblighi comunicativi degli amministratori, non può non essere partito da una valutazione, se non negativa, per lo meno non totalmente positiva della previgente disciplina la quale invece già sanciva un orientamento, per così dire, "restrittivo" rispetto agli interessi da rendere

noti. L'ampiamiento delle ipotesi (che si sostanziano in un catalogo atipico e potenzialmente illimitato) in cui l'amministratore deve dare comunicazione dei propri interessi all'organo, congiuntamente al dato per cui è sottratta all'amministratore la valutazione relativamente alla rilevanza dell'interesse di cui è portatore rispetto a quello sociale, sembra orientare la lettura della norma decisamente in senso ampliativo e quindi maggiormente rigoroso, non lasciando spazio per esenzioni dall'obbligo di comunicazione per fattispecie "bagatellari", in quanto tale lettura parrebbe incentivante di condotte elusive dei fini che la legge si prefigge di attuare introducendo tale norma innovativa all'interno del sistema.

Al co. 2 si prevede: *“nei casi previsti dal precedente comma la deliberazione del consiglio di amministrazione deve adeguatamente motivare le ragioni e la convenienza per la società dell'operazione”*. Si può pertanto procedere al compimento dell'operazione nonostante la sussistenza dell'interesse, a patto che la deliberazione sia adeguatamente motivata in merito alle ragioni e alla convenienza che essa presenta per la società. Ciò costituisce nuovamente corollario di un sistema improntato alla circolazione dell'informazione, la quale, una volta pervenuta a tutti i destinatari, può essere posta alla base di una delibera sia di segno negativo, sia di segno positivo in merito al compimento dell'operazione. Nuovamente si coglie una prospettiva che dà rilevanza non tanto al singolo elemento in sé (costituito se si vuole dall'interesse stesso oppure dal soggetto a cui fa capo), quanto al ruolo che può rivestire nel più ampio contesto nel quale si inserisce.

“Nei casi di inosservanza a quanto disposto nei due precedenti commi del presente articolo ovvero nel caso di deliberazioni del consiglio o del comitato esecutivo adottate con il voto determinante dell'amministratore interessato, le deliberazioni medesime, qualora possano recare danno alla società, possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale entro novanta giorni dalla loro data; l'impugnazione non può essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione se sono stati adempiuti gli obblighi di informazione previsti dal primo comma”.

È quanto prevede il terzo comma, il quale si occupa delle conseguenze della violazione del regime previsto in ambito di interessi degli amministratori. Le deliberazioni adottate in violazione della normativa possono essere impugnate dagli amministratori e dal collegio sindacale qualora possano recare danno alla società. La disposizione conferma l'obiettivo perseguito dal legislatore di rendere esperibili le impugnazioni soltanto

qualora la loro adozione possa costituire un pregiudizio per la società, una prospettiva quindi nettamente oggettiva, che prende le distanze dalla dimensione più marcatamente individualistica del sistema previgente. Ciò, si ripete, con l'intento di conferire maggiore stabilità all'agire sociale e di destabilizzarne i procedimenti soltanto in presenza di fenomeni rilevantemente patologici.

L'impugnazione non potrà essere proposta da chi ha consentito con il proprio voto alla deliberazione, se sono stati adempiuti gli obblighi informativi. Essendo il fine perseguito dalla normativa in esame quello di fare circolare al meglio l'informazione, viene responsabilizzato l'amministratore che, in possesso delle informazioni dovute, ha tuttavia deciso di autorizzare con il proprio voto il compimento dell'operazione, prevedendo che non possa contribuire a vanificare il risultato che ha contribuito a porre in essere.

Al quarto comma è previsto il regime di responsabilità conseguente alla violazione delle regole dettate dall'art. 2391: *“l'amministratore risponde dei danni derivati alla società dalla sua azione od omissione”*. Intuibilmente con i termini “azione” ed “omissione” ci si riferisce rispettivamente agli atti compiuti dagli amministratori senza avere adempiuti gli obblighi di informativa ed agli obblighi di informativa non adempiuti. La natura di tale responsabilità varia da quella prevista all'art. 2392 c.c.

In entrambi i casi si tratta di responsabilità contrattuale, ma vi è una fondamentale differenza. Nel caso della responsabilità sociale prevista dall'art. 2392 la società deve dimostrare la contrarietà allo standard legale di diligenza del comportamento dell'amministratore e che da tale violazione le sia derivato un danno⁵⁵. Nell'ipotesi del quarto comma, invece, bisogna dimostrare che si sia verificata l'azione o l'omissione, il danno, ed il relativo nesso di causalità. Non vi è dunque la necessità di provare che l'amministratore non abbia adottato lo standard legale di diligenza.

Il quinto comma dell'articolo prevede infine che *“l'amministratore risponde ... dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico”*, così disciplinando la responsabilità derivante dallo sfruttamento a proprio favore delle c.d. *business opportunities*.

- ¹F. Bonelli, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, 2004, p. 7
- ²M. Campobasso et al., *Società, banche e crisi d'impresa*, UTET Giuridica, 2014; contributo di G. Guizzi, pp. 1043-1044
- ³C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, II ed., CEDAM, p. 161
- ⁴G. Guizzi, *Op. cit.*, p. 1045
- ⁵F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 9
- ⁶*Ibid.*
- ⁷P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale*, VII ed., 2010, p. 345
- ⁸*Ibid.*
- ⁹F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 12, 14
- ¹⁰AA.VV., *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Utet, 2007, contributo di P. Montalenti, p. 836
- ¹¹F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 44
- ¹²P. Montalenti, *Op. Cit.*, p. 837
- ¹³C. Angelici, *Op. cit.*, p. 166
- ¹⁴P. Montalenti, *Op. cit.*, p. 838
- ¹⁵P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 373
- ¹⁶*Ibid.*
- ¹⁷C. Angelici, *Op. cit.*, p. 163
- ¹⁸P. Montalenti, *Op. cit.*, p. 839
- ¹⁹C. Angelici, *Op. cit.*, p. 163
- ²⁰*Id.*, p. 164
- ²¹F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 48
- ²²*Id.*, p. 181
- ²³P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 375
- ²⁴AA.VV., *Le società per azioni, Codice civile e norme complementari*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, a cura di M. Campobasso, V. Cariello, U. Tombari, Giuffrè, 2016, contributo di F. Briolini, p. 1404
- ²⁵F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 194
- ²⁶*Ibid.*
- ²⁷Ambrosini, *La responsabilità degli amministratori*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da Cottino, IV-1, Le società per azioni, Cedam, 2010, p. 658
- ²⁸F. Briolini, *Op. cit.*, p. 1411
- ²⁹*Ibid.*
- ³⁰F. Briolini, *Op. cit.*, p. 1412
- ³¹*Ibid.*
- ³²*Ibid.*
- ³³P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 376
- ³⁴F. Briolini, *Op. cit.*, p. 1409
- ³⁵F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 196
- ³⁶*Id.*, p. 198
- ³⁷P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 376
- ³⁸F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 199
- ³⁹*Id.*, p. 200
- ⁴⁰P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 382
- ⁴¹F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 225
- ⁴²*Id.*, p. 214
- ⁴³P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 382
- ⁴⁴F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 215
- ⁴⁵P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 377
- ⁴⁶F. Bonelli, *Op. cit.*, p. 205
- ⁴⁷AA.VV., *Amministratori*, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. Marchetti,

L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, a cura di F. Ghezzi, Edizioni Egea, Giuffrè, 2005, contributo di M. Ventrizzo, p. 425

⁴⁸v. diffusamente in C. Angelici, *Op. cit.*

⁴⁹*id.*, p. 167

⁵⁰P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Op. cit.*, p. 363

⁵¹M. Ventrizzo, *Op. cit.*, p. 440

⁵²*Ibid.*

⁵³M. De Poli, “Interessi” e “conflitto di interessi” degli amministratori nella società per azioni, Conflitto di interessi nelle società, in *Rivista di Diritto Bancario*, Gennaio 2015, www.dirittobancario.it

⁵⁴*Ibid.*

⁵⁵M. Ventrizzo, *Op. cit.*, p. 495

IL RAPPORTO TRA NORMA PENALE E ATTO AMMINISTRATIVO

Nella verifica processuale inerente la sussistenza del reato o riguardante la punibilità del fatto, assumono molto spesso rilievo gli atti amministrativi in quanto parte della struttura del reato, ai quali rinvia la norma penale oppure qualora integrino una condizione di procedibilità nel processo.

Giuseppe Mainas - Pubblicazione, giovedì 18 maggio 2017
Redattore: **Alessio Giaquinto**

Sommario: 1. Premessa; 2. Casistica; 2.1. Atto Legislativo; 2.2. Atto negoziale; 2.3. Atto giurisdizionale; 4. Atto amministrativo; 5. Prima fase: la disapplicazione; 5.1. La disapplicazione applicata alle ipotesi di atto amministrativo presupposto positivo; 5.2. La disapplicazione applicata alle ipotesi di atto amministrativo presupposto negativo; 6. Seconda fase: le soluzioni differenziate; 6.1. Il caso in cui l'atto amministrativo è estraneo alla fattispecie penale; 6.2. Il caso in cui l'atto amministrativo è interno alla fattispecie penale; 7. La pronuncia delle SS.UU. nel caso Giordano del 1989; 8. La pronuncia delle SS.UU. sul caso Borgia nel 1993.

1. Premessa

Nella verifica processuale della sussistenza del reato o per la punibilità del fatto assumono spesso rilievo gli atti amministrativi, perché essi fanno parte della struttura del reato, ad essi rinvia la norma penale, essi integrano una condizione di procedibilità, dunque il giudice penale, dinanzi al quale il p.m. contesta l'ipotesi accusatoria, si imbatte in atti dell'amministrazione, che assumono rilievo penale.

In tutti questi casi da sempre ci si chiede se il giudice penale:

1. debba limitarsi a verificare che quell'atto amministrativo, avente rilievo penale, esista;
2. se invece debba verificare che quell'atto amministrativo sia legittimo;
3. come debba operare nel caso in cui appuri l'illegittimità dell'atto.

Occorre a questo punto partire da un'ampia premessa.

Nella verifica processuale della sussistenza del reato o per la punibilità del fatto, il giudice penale può imbattersi in un:

1. atto legislativo;
2. atto negoziale;
3. atto giurisdizionale;
4. atto amministrativo.

La questione in esame attiene più in generale alle **forme di controllo di atti giuridici aventi rilievo penale da parte del giudice penale.**

2. Casistica

2.1. Atto Legislativo

La prima ipotesi che può prospettarsi è che il giudice penale dubiti della legittimità costituzionale di una norma di legge diversa da quella incriminatrice, alla quale tuttavia essa rinvia.

Il giudice penale deve, ai sensi dell'art. 134 Cost., sollevare questione di legittimità costituzionale della norma legislativa primaria avente rilievo penale.

2.2. Atto negoziale

La seconda ipotesi riguarda i rapporti tra diritto penale – diritto privato, reato – contratto.

Reato - contratto: quando reato e contratto convergono tra loro, perché il reato consiste nella stipula del contratto, stipulando il contratto di commette il reato (Es.: contratto di compravendita di sostanze stupefacenti art. 73 dpr. 309/1990; usura).

Reato - in contratto: quando il reato non consiste nel contratto ma è quella fattispecie penale che interviene talvolta prima del contratto, nella fase della formazione della volontà contrattuale, ed è idonea ad alterare la fisiologia del procedimento della formazione della volontà contrattuale (Es.: truffa, reato con cui nel corso delle trattative negoziali talune con frode altera il procedimento di formazione dell'altrui volontà contrattuale).

Reato e contratto non coincidono, perché non è mediante il contratto che si consuma il reato, ma il reato tuttavia interviene prima del contratto alterandone la formazione.

In queste ipotesi ci si chiede:

- A. **Come il reato incide sul validità ed efficacia del contratto,** tale questione è

attribuita al **giudice civile**, il quale deve chiedersi, a fronte di un reato – contratto o in contratto, se il contratto sia affetto da nullità, inefficacia, annullabilità;

- B. **Se l'eventuale patologia del contratto**, in cui consiste il reato (reato – contratto) o che ha determinato la stipula del contratto (reato – in contratto), **preclude di ritenere integrato il contratto**, tale questione è attribuita al **giudice penale**.

Questa è la questione civilistica che il giudice penale può essere chiamato a valutare.

Sul punto si registrano diverse teorie:

- La teoria pan-civilistica;
- La teoria autonomista;
- La teoria mista.

2.3. Atto giurisdizionale

La terza ipotesi riguarda gli atti giurisdizionali, che possono far parte della struttura del reato.

Ipotesi classica è il reato di bancarotta, posto che la bancarotta presuppone che l'imputato sia stato raggiunto da una sentenza dichiarativa di fallimento, sentenza pronunciata dal giudice civile.

Ci si chiede se il giudice penale possa mettere in contestazione la validità della sentenza dichiarativa di fallimento.

Su questa questione le S.U. nel 2008 hanno sostenuto che il giudice penale non ha nessuna possibilità di sindacare l'atto giurisdizionale, che faccia parte della struttura di reato, essendo quell'atto giurisdizionale rimediabile soltanto sperimentando gli ordinari (o straordinari) strumenti di impugnativa processuale, ma nel percorso fisiologico della giustizia civile senza che il giudice penale possa occuparsene.

Il giudice penale deve prendere atto solo dell'esistenza, e non della legittimità, **dell'atto giurisdizionale**.

2.4. Atto amministrativo

La quarta ipotesi riguarda i casi in cui il giudice penale si imbatte in un atto amministrativo avente rilievo penale. Ma quando un atto amministrativo ha rilievo

penale?

L'atto amministrativo ha rilievo penale in due ipotesi:

- a) La prima ipotesi si configura **quando un atto amministrativo senza concorrere alla struttura del reato ne condiziona la punibilità o la procedibilità; in questo caso l'atto amministrativo è un atto, non interno alla struttura del reato, ma esterno.** (Es. autorizzazione a procedere).
- b) La seconda ipotesi si configura **quando un atto amministrativo fa parte della struttura del reato.**

La dottrina schematizza i casi in cui l'atto amministrativo assume rilievo penale concorrendo alla struttura del reato:

I) L'atto amministrativo è la condotta esecutiva del reato (Es. Abuso di ufficio, il pubblico ufficiale che adotta l'atto amministrativo in violazione di legge o di regolamento);

II) L'atto amministrativo è l'oggetto su cui insiste la condotta esecutiva del reato (Es. Falsi documentali);

III) L'atto amministrativo funziona da scriminate o da circostanza aggravante (Es. ordine dell'autorità che scrimina la condotta);

IV) L'atto amministrativo è il presupposto del reato

Ci sono alcuni reati che intanto possono essere posti in essere in quanto ci sia un atto amministrativo. L'atto amministrativo può essere presupposto del reato in due ipotesi e differenti ipotesi:

- La prima ipotesi si ha quando l'atto amministrativo è un **presupposto positivo** del reato, *cioè senza l'atto il reato non può essere commesso.* (Es. art. 650 c.p.)
- La seconda ipotesi si ha quando l'atto amministrativo è un **presupposto negativo** del reato, *cioè l'assenza dell'atto integra il reato,* è la norma penale a richiedere che l'atto non ci sia. (Es. Costruzione in assenza del permesso a costruire art. 44 T.U.E.)

È con riferimento alle ultime due ipotesi (atto amministrativo presupposto negativo/positivo) che si è sviluppato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza sui limiti

e sull'intensità del potere di controllo, da parte del giudice penale, sugli atti amministrativi.

Sul punto si registrano diverse questioni:

1. Ci si chiede se il giudice penale debba prendere atto della sola esistenza dell'atto amministrativo che ha rilievo penale o se debba, invece, sindacarne la legittimità.
2. Ci si chiede, sempre che alla prima questione si sia data risposta positiva, ossia che il giudice penale possa sindacare la legittimità dell'atto amministrativo, come il giudice penale debba condurre questo sindacato: esercitando il potere di cui all'art. 5 LAC di disapplicazione o utilizzando altre tecniche di accertamento della legittimità?

A tal proposito si registrano due fasi diverse.

3. Prima fase: la disapplicazione.

La giurisprudenza ha ritenuto che il giudice penale abbia potere di sindacare la legittimità dell'atto amministrativo e invocava, come base giuridica del potere di controllo del giudice penale, l'art. 5 LAC.

Il giudice penale era fornito, quindi, al pari del giudice civile del potere di disapplicazione, e conseguentemente esercitando questo potere avrebbe potuto sindacare sempre la legittimità dell'atto.

La dottrina e la giurisprudenza hanno a lungo sostenuto che esercitando il potere di disapplicazione, di cui all'art. 5 LAC, il giudice penale avrebbe potuto e dovuto condurre il controllo di legittimità dell'atto in tutte le varie ipotesi.

3.1. La disapplicazione applicata alle ipotesi di atto amministrativo presupposto positivo.

A paradigma dell'ipotesi disapplicatoria si citava l'**art. 650 c.p.**, che prevede un'ipotesi di contravvenzione quando il soggetto non osserva il provvedimento legalmente dato dall'autorità amministrativa. Si sosteneva che il giudice, allorché verificasse l'illegittimità del provvedimento dato dall'autorità amministrativa, avrebbe dovuto disapplicare il provvedimento amministrativo, considerarlo *tamquam non esset* ai fini della decisione, e quindi concludere per l'insussistenza della condotta di inosservanza, in quanto eliminato il provvedimento verrebbe meno l'oggetto dell'inosservanza.

La disapplicazione, applicata all'art. 650 c.p., (in cui l'atto amministrativo è presupposto positivo del reato), produce **effetti in bonam partem**, *perché disapplicato l'atto viene meno il reato*.

3.2. La disapplicazione applicata alle ipotesi di atto amministrativo presupposto negativo

Tuttavia, la giurisprudenza ha iniziato, nel corso della sua evoluzione, a ritenere che logica disapplicatoria potesse essere estesa anche all'ipotesi di atto amministrativo – presupposto negativo. Ipotesi in particolare dei reati edilizi.

La giurisprudenza ha, quindi, conseguentemente sostenuto che allorché un soggetto costruisca, non in assenza di un titolo (come cita la norma incriminatrice) ma sulla base di un titolo chiesto ed ottenuto, il giudice penale avrebbe potuto

- sindacare la legittimità del titolo;
- in caso di riscontro negativo, disapplicare il titolo, considerandolo *tamquam non esset*;
- e conseguentemente, ricondurre alla norma che incrimina l'ipotesi di costruzione in assenza di titolo l'ipotesi di costruzione sulla base di un titolo, chiesto ed ottenuto, ma tuttavia illegittimo e disapplicato dal giudice penale.

Quindi una volta disapplicato il titolo ritenuto *tamquam non esset*, la costruzione non è più sulla base di un titolo ma in assenza di titolo.

Tuttavia in questo caso la disapplicazione produce **effetti in malam partem**, in *pius*, perché l'effetto è la condanna del soggetto sulla base di un titolo illegittimo.

Proprio l'estensione dello schema disapplicatorio alle ipotesi di atti amministrativi presupposti negativi ha scatenato le critiche della dottrina. Infatti così operando il giudice penale finirebbe per compromettere:

- le ragioni sottese al **divieto di analogia e di precisione**, perché finirebbe per sussumere nella portata applicativa di una norma che incrimina soltanto il fatto di chi costruisce in assenza di permesso a costruire l'ipotesi di un soggetto che costruisce sulla base di un titolo che ha ottenuto e che il giudice considerato illegittimo, disapplicandolo;
- le ragioni sottese al **principio di retroattivo** e le esigenze di calcolabilità delle

conseguenze penali, perché il soggetto nel momento in cui agisce confida nella presenza del titolo che ha ottenuto sicché la circostanza che il giudice penale disapplichì il titolo, ritenendolo illegittimo, e contesti allo stesso la costruzione dell'opera ribalta il calcolo delle conseguenze penali il soggetto ha fatto al momento del fatto.

Queste critiche hanno indotto una parte cospicua della giurisprudenza ad adottare **soluzioni differenziali** rispetto alla disapplicazione.

4. Seconda fase: le soluzioni differenziate.

Nel verificare se il giudice penale abbia un controllo di legittimità sull'atto amministrativo di rilevanza penale, e quale potere debba esercitare per condurlo, occorre distinguere due ipotesi perché diversi sono i poteri del giudice penale.

Occorre evidenziare che il compito principale demandato al giudice è quello di verificare la **cd. tipicità del fatto contestato**, cioè di *verificare che il fatto contestato all'imputato dal P.M. sia sussumibile nella fattispecie astratta delineata dal legislatore con la norma incriminatrice*.

4.1. Il caso in cui l'atto amministrativo è estraneo alla fattispecie penale.

L'atto amministrativo è estraneo alla tipicità del fatto, perché non fa parte della sua struttura del reato così come delineata dalla norma incriminatrice.

Il giudice penale deve, in questo caso, distinguere tra:

- La verifica di tipicità del fatto;
- La verifica di legittimità dell'atto.

In questa ipotesi il giudice può e deve verificare la legittimità dell'atto amministrativo esterno esercitando il potere di disapplicazione.

4.2. Il caso in cui l'atto amministrativo è interno alla fattispecie penale.

La verifica di legittimità dell'atto amministrativo, essendo questo parte del fatto tipico da accertare, si confonde con la verifica di tipicità del fatto, cioè verificando che il fatto concreto sia tipico, e quindi riconducibile nella fattispecie astratta, il giudice penale deve anche accertare che l'atto amministrativo, che di quel fatto sia parte, sia legittimo.

Sicché, secondo la dottrina e la giurisprudenza, non si tratta di disapplicazione ma di verifica della tipicità del fatto, cioè verificando la tipicità del fatto il giudice accerta anche, se ci sono le condizioni, la legittimità dell'atto.

A paradigma di questa impostazione si richiama **l'art. 650 c.p.**, che prevede il reato di chi non osserva il provvedimento legalmente dato. In questo caso il provvedimento legalmente dato fa parte della struttura del reato.

Nel verificare la tipicità del fatto, il giudice penale non deve condurre due diverse verifiche (la verifica della tipicità del fatto e quella della legittimità del provvedimento), perché nel verificare la tipicità del fatto non può non accertare che il provvedimento, non osservato dall'imputato, sia stato legalmente dato, cioè legittimo.

In questa ipotesi, verifica della legittimità dell'atto e verifica della tipicità del fatto coincidono, perché verificando che il fatto sia tipico, il giudice non può non accertare che il provvedimento sia legittimo.

Tanto è vero che se si accerta che il soggetto ha violato sì un provvedimento ma un provvedimento non legalmente dato, e quindi illegittimo, il giudice non deve disapplicare il provvedimento ma deve soltanto prendere atto che **il fatto contestato è atipico**, perché non è un fatto di inosservanza del provvedimento legalmente dato ma di un provvedimento illegittimo. **Il giudice deve quindi concludere per l'insussistenza del fatto.**

In conclusione, **il controllo di legittimità non passa per l'esercizio del potere di disapplicazione ma per la sola verifica di tipicità del fatto.**

Senonché in seno a questa seconda ipotesi si sono registrate delle divisioni:

- Da un lato è emersa **la tesi della tipicità formale o testuale**: la legittimità dell'atto può essere accertata, conducendo la classica verifica di tipicità del fatto, **solo nei casi di cd. tipicità formale**, cioè *nelle ipotesi nelle quali la legittimità o l'illegittimità dell'atto è formalmente o testualmente indicata nella norma incriminatrice*. (Es. art. 650 c.p.: provvedimento legalmente dato dall'Autorità). Quindi nella sola ipotesi in cui la norma incriminatrice, contiene un riferimento testuale alla legittimità dell'atto, **il giudice avrebbe il potere – dovere di controllare la legittimità dell'atto in sede di verifica della tipicità del fatto**. Quando, invece, **il riferimento testuale** alla legittimità del provvedimento è

assente, il giudice deve verificare solo l'esistenza dell'atto ma non la sua legittimità.

La tesi suddetta non ha riscosso molti consensi, neanche le S.U. ritengono sia la strada giusta da percorrere tantochè optano per la tesi sostanziale.

- Dall'altro lato è emersa **la tesi della tipicità sostanziale**, secondo cui, *anche quando manca nella descrizione del fatto tipico un riferimento alla legittimità dell'atto, il giudice penale può e deve controllare la legittimità dell'atto ogni qualvolta, sulla base di una interpretazione della norma incriminatrice condotta tenendo conto del bene giuridico che con la stessa si è inteso presidiare, il provvedimento amministrativo nella sua legittimità/illegittimità è elemento costitutivo del reato.*

Questo schema è quello applicato ai reati edilizi ed in particolare alle costruzioni in assenza di titolo (presupposto negativo, il legislatore infatti punisce chi costruisce in assenza di titolo).

5. La pronuncia delle SS.UU. nel caso Giordano del 1989.

Ci si è chiesti se il giudice, nel caso in cui il soggetto abbia costruito sulla base di un atto chiesto ed ottenuto, possa sindacare la legittimità di questo atto e come debba comportarsi, nel caso in cui constati la illegittimità dello stesso.

Due sono le tappe fondamentali del dibattito.

Le SS.UU. hanno sostenuto che non c'è spazio per la **disapplicazione**, perché è un potere-dovere riconosciuto al giudice per **ragioni di tutela soggettiva** e non per esigenze di tutela oggettiva.

Il potere di disapplicazione è stato riconosciuto al giudice ordinario perché da un lato si vuole preservare la separazione dei poteri e dall'altro si vuole salvaguardare l'esigenza che quel giudice possa tutelare diritti soggettivi portati al suo vaglio, quando questi siano sacrificati da un atto amministrativo.

La disapplicazione è stata riconosciuta al giudice ordinario solo quando **lo schema disapplicatorio è necessario per tutelare un diritto soggettivo** e non per soddisfare esigenze di diritto oggettivo. Quindi **il giudice penale può si disapplicare l'atto ma soltanto quando è necessario per la tutela di diritti soggettivi.**

Sicchè è **ammissibile una disapplicazione in melius ma non in peius.**

Nel caso di costruzione sulla base di un titolo illegittimo, le SS.UU. escludono che il giudice possa disapplicare il titolo per esigenze di diritto oggettivo (disapplicazione in peius).

Quindi scartata la disapplicazione, il giudice penale può esercitare il controllo di legittimità ricorrendo alla teoria della tipicità.

Le S.U., dando atto delle tesi della tipicità sostanziale e formale, aderiscono **alla teoria della tipicità sostanziale**, teoria secondo cui è vero che il legislatore nell'art. 44 TUE prevede che costituisce il reato il fatto di chi costruisce in assenza di titolo, e non di chi costruisce sulla base di un titolo illegittimo, ma è vero anche che, sulla base di un'interpretazione della norma, attenta al bene giuridico che con la stessa si è voluto presidiare, è possibile ritenere che il legislatore abbia implicitamente inteso voler incriminare anche l'ipotesi di costruzione sulla base di titolo illegittimo.

Questa teoria della tipicità sostanziale però rimette al giudice, alla sua interpretazione, il compito di verificare se si possa pervenire a questo risultato estensivo. Questa verifica che è di tipo interpretativo va condotta guardando all'oggettività giuridica, al bene giuridico presidiato.

Le SS.UU. quindi, applicando all'art. 44 TUE la teoria della tipicità sostanziale e interrogandosi sul bene giuridico presidiato, sostengono che il bene giuridico tutelato non è il bene giuridico materiale a che si costruisca nel rispetto della disciplina urbanistica ed edilizia di riferimento, ma è **un bene giuridico soltanto formale**, e cioè *il bene a che qualsiasi attività di modificazione del territorio sia preceduta da un controllo della PA materializzatosi nell'adozione dell'atto permissivo.*

Quindi ciò che il giudice penale deve accertare è che ci sia stato un controllo, quindi che ci sia stato l'atto amministrativo, e non che questo controllo sia stato esercitato in modo legittimo, nel rispetto della normativa urbanistica e di settore.

Quindi le SS.UU. concludono che **al giudice penale non compete il controllo sulla legittimità del titolo, perché essendo il bene presidiato unicamente quello formale (a che prima dell'inizio dell'attività costruttiva ci sia stato un previo controllo della PA), il giudice deve verificare solo l'esistenza dell'atto amministrativo di controllo e non anche la sua legittimità.**

In definitiva le SS.UU. nel 1989:

- **ammettono la disapplicazione in bonam partem**
- **ripudiano la disapplicazione in peius**, perché quando l'atto amministrativo è ampliativo non vi è ragione di esercitare un potere che è riconosciuto al giudice per la tutela del diritto soggettivo;
- **aderiscono alla teoria di tipicità sostanziale**

6. La pronuncia delle SS.UU. sul caso Borgia nel 1993.

La Cassazione manifesta il definitivo **ripudio per la teoria della disapplicazione**.

Le SS.UU. sostengono che quando l'atto amministrativo ha rilievo interno viene in rilievo solo la teoria della tipicità salvo optare per la tipicità sostanziale o formale.

Le SS.UU. confermano l'approccio teorico delle SS.UU. 1989, aderendo anch'esse alla teoria della tipicità sostanziale.

Tuttavia applicata questa teoria, sempre al reato di costruzione in assenza di titolo, questa volta le S.U. pervengono ad un esito del tutto differente, perché sostengono che il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, non è quello formale, ma **il bene materiale**, a che ci sia il sostanziale rispetto, nella conduzione dell'attività costruttiva, di tutta la disciplina di settore (primaria, pianificatoria, regolamentare), con la conseguenza che quando questa coerenza non c'è (cioè quando l'opera costruenda o costruita è difforme dalla disciplina di settore nella sua interezza) sussiste il reato, senza che lo stesso possa essere impedito nella sua integrazione, dalla circostanza che la PA abbia rilasciato la concessione.

In questa ipotesi il giudice non deve disapplicare la concessione ma deve **soltanto prendere atto della difformità tra opera costruita/costruenda e disciplina di settore**.

Ci si chiede fin dove possa spingersi il giudice penale nell'accertare la legittimità, cioè quanto intenso sia il sindacato del giudice penale. Il giudice penale deve sindacare il merito? Oppure la sola legittimità? E se deve sindacare la sola legittimità, il sindacato riguarda tutti e tre i vizi di legittimità (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere) o l'eccesso di potere, in quanto vizio di legittimità di non facilissima distinzione pratica dal vizio di merito, deve restare fuori dal controllo del giudice penale?

La giurisprudenza di merito e di legittimità è tutta orientata nel ritenere che al giudice penale competa **un sindacato pieno ed intenso**, quindi un sindacato che si estende a tutti

i tre i vizi di legittimità, esclusa la sindacabilità dell'opportunità, del vizio di merito.

Dunque l'accertamento dell'illegittimità non incontra limiti, ed anche l'eccesso di potere rientra nell'ambito del sindacato di legittimità demandato al giudice penale.

Difettano talune ipotesi, in relazione alle quali questo dibattito è più intenso. In particolare l'ipotesi **dell'abuso di ufficio ex art. 323 c.p.**: qui il problema della sindacabilità dell'eccesso di potere si pone perché nell'art. 323 c.p., dopo la riscrittura operata dalla legge 234/97, la fattispecie di abuso si configura quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio **violano la legge**. Quindi non sono mancati orientamenti che hanno sostenuto che solo la violazione di legge, e non anche l'eccesso di potere, rientra nel sindacato della legge.

Al di fuori di queste specifiche ipotesi, quando al giudice penale spetta il sindacato di legittimità, non c'è limite al sindacato e non c'è vizio che possa nascondersi, sicché anche l'eccesso di potere è sindacabile.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] G. Fiandaca, Enzo Musco, *Diritto Penale – Parte Generale*, pag. 681.
- [2] Rivista Ondine di scuola Superiore dell'Economia e della Finanza, *Anno VII – Numero 2 – Aprile-Settembre 2010*
- [3] Patroni Griffi F., *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici 2010*
- [4] Cavallaro M.C., *Gli organi collegiali tra procedimento e provvedimento 2010*
- [5] Allegra G., *Dell'abitudine criminosa*, Giuffrè, Milano, 1933.
- [6] Ambrosetti E.M., *Recidiva e recidivismo*, Cedam, Padova, 1997.
- [7] Antolisei F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1980.

PRIVATE MILITARY AND SECURITY COMPANIES, LEGISLAZIONE INTERNA E DIRITTO INTERNAZIONALE DEI CONFLITTI ARMATI

La recente crescita sul piano internazionale dell'utilizzo di Compagnie private di contractors fa sorgere dei profondi dubbi a livello della disciplina internazionale e di quella interna, problemi di qualificazione giuridica e quindi di applicazione in concreto di un comparto normativo utile.

Nicolò Giordana - Pubblicazione, venerdì 19 maggio 2017
Redattore: Rosa Mugavero

Sommario: 1. La privatizzazione dei servizi militari; 2. Il rapporto tra i dipendenti delle PMSCs ed il diritto internazionale; 3. Il legittimo combattente nel d.i.c.a.; 4. PMSCs e art. 43 del I Protocollo Addizionale; 5. Contractors ed art. 4 della III Convenzione di Ginevra; 6. Il contractor come persona che segue le Forze Armate; 7. Contractors e civili; 8. I mercenari per il diritto internazionale; 9. Risvolti pratici di impiego nell'attuale quadro d.i.c.a.; 10. PMSCs e diritto interno.

1. La privatizzazione dei servizi militari

Un elemento che negli ultimi anni ha assunto un rilievo fondamentale nel modo di condurre le operazioni militari è rappresentato dall'emergere delle *Private Military and Security Companies* (di qui PMSCs). Alcuni parlano di un «fenomeno commerciale della privatizzazione della guerra»[1] portato a divenire da ditte private che hanno rafforzato la loro capacità di generare apporti soddisfacenti, sia dal lato economico sia da quello professionale, a Governi ed enti privati tanto da riuscire in poco tempo ad imporsi nello scenario mondiale ingrandendosi e trasformandosi in imprese multinazionali capaci di fornire una rosa di servizi diversificati[2].

Esaminando l'attuale prassi degli attori internazionali assistiamo all'*outsourcing* delle funzioni di *security* a società private. In tale contesto dobbiamo specificare come vi sia una profonda distinzione tra l'esternalizzazione e la privatizzazione: se infatti la seconda si riferisce al processo che trasferisce interi settori pubblici ad un ente privato, compresa la funzione gestoria dei settori stessi, con il primo termine riferiamo in ordine ad un processo di trasferimento dello svolgimento di singole funzioni dall'Ente pubblico a

quello privato senza che vi sia una definitiva scomparsa dell'autorità statale la quale rimane con varie forme: dalla regolamentazione del mercato attraverso lo strumento legislativo, al successivo controllo sull'operato dei prestatori del servizio.

I soggetti fisici che, dotati di un *high profile of militarian professionalism* spesso acquisito sul campo, lavorano per queste imprese sulla base di un contratto di diritto privato stipulato tra i soggetti giuridici loro titolari ed il soggetto che richiede la prestazione prendono il nome di *contractors*.

Attualmente possiamo distinguere le PMSCs in base al settore d'occupazione: avremo le **Private Military Companies (PMCs)**, imprese di carattere strettamente militare che prevedono la partecipazione diretta dei propri dipendenti a conflitti, interni ovvero internazionali, o attuano l'addestramento e l'equipaggiamento delle Forze Armate dell'esercito dello Stato dal quale sono state assoldate; e le **Private Security Companies (PSCs)**, quelle imprese che si occupano prevalentemente della sicurezza interna di uno Stato tramite attività di carattere addestrativo della polizia locale o la protezione materiale di luoghi o persone[3]. Tuttavia *«the most widespread distinction used in literature, that between private military and private security companies, appears controversial for at least two reasons. First most companies provide an array of different services ranging from logistic, training, and intelligence to static, convoy, and personal security. Hence most companies provide both private military and private security services rather than one or the other. Moreover this distinction is often inherently blurred. What is crucial in assessing the military nature of an activity is not only the activity per se, but the theatre in which it is carried out: providing security for a site or a convoy in the theatre of an insurgency, under potential enemy fire, is a typically military function»*[4].

Sulla base dei compiti materialmente svolti e della natura offensiva o difensiva del servizio, una parte della dottrina[5] distingue tra le imprese di PMCs impiegate in operazioni di combattimento, definite attive, e quelle con compito di mera difesa del territorio, o addestramento di truppe, definite passive. Tra tutte però la classificazione maggiormente asseverata rimane quella del già citato P. W. Singer nota con la metafora della “punta di lancia” secondo cui le unità delle forze armate possono essere distinte in base alla loro posizione sul campo di battaglia ed alla vicinanza alla linea del fronte dove si svolgono i combattimenti armati. Le organizzazioni militari vengono dunque suddivise secondo la loro posizione maggiore vicina alla punta della lancia: quelle che operano

nel quadro generale, quelle che operano nel teatro di guerra e quelle che operano nella vera e propria area delle manovre.

Le PMCs possiamo dunque strutturarle in tre classi: le società provider, che forniscono servizi di prima linea sul campo impegnandosi in veri e propri combattimenti, nel comando e controllo diretto delle unità; le società di consulenza militare, che forniscono servizi investigativi, di *analysis* e *security*, di addestramento e protezione personali nonché di fornitura di tecnologie avanzate; ed infine società di supporto militare, che forniscono forze di retrovia e servizi logistici, tecnici, di trasporto ed ogni altro di carattere supplementare[6].

Questa distinzione, che è doverosa farsi per un'eventuale futura normazione da parte del Legislatore interno che non si è ancora espresso in materia, *de facto* risulta nella pratica poco funzionale in quanto una medesima impresa può offrire servizi sia a carattere militare che di *security*. Possiamo quindi proseguire nell'analisi del diritto internazionale dei conflitti armati esaminando le ricadute di questo in capo alle PMSCs.

2. Il rapporto tra i dipendenti delle PMSCs ed il diritto internazionale

Al fine di determinare il diritto vigente ed il possibile *framework* entro cui il Legislatore nazionale dovrebbe esprimersi in una regolamentazione del fenomeno sempre più crescente dell'impiego di agenzie private nell'espletamento di funzioni oggi militari, si ritiene di fondamentale importanza premettere una distinzione. Allo stato dell'arte, infatti, le *Private Military and Security Companies* sono da considerarsi società e per tale effetto persone giuridiche, differentemente dal loro personale che rientra nel *genus* delle persone fisiche. La distinzione assume rilievo laddove per il diritto internazionale dei conflitti armati (di qui d.i.c.a.), altresì noto come diritto internazionale umanitario, non vincola le persone giuridiche, invero assumendo connotazione d'obbligo per gli individui singoli.

Come granitica dottrina ha inteso affermare[7] la disciplina che trova applicazione nei confronti dei *contractors* dipende dalla natura delle relazioni che questi soggetti intrattengono con le parti in conflitto e dalle attività che essi pongono in essere. Lo status applicabile, ed il relativo comparto normativo di riferimento, sarà quindi determinabile *casu casu* alla luce dei criteri esplicitati dal d.i.c.a.

Il principio cardine che quindi dobbiamo porre a fondamento del nostro studio è la distinzione che internazionalmente c'è tra il combattente ed il civile al fine di

determinare il regime giuridico in cui i dipendenti delle PMC e delle PSC ricadono. In altri termini la *species* che attribuiamo al *contractor* determinerà nel particolare sia i diritti ed i privilegi, che le conseguenze giuridiche derivanti dalle condotte poste in essere. Volendo riprendere un concetto espresso da apprezzabile dottrina (Fallah) «*there is no blanket response to the question of whether private security contractors are civilians or combatans for the purposes of IHL. The law does not directly contemplate the role or prominence of the private security industry; rather, it sets down a broad framework for determining the status of individuals in armed conflict*»[8].

Nei capitoli che seguono andremo ad esaminare *funditus* le differenti possibilità di qualificazione dei *contractors* per il diritto internazionale.

3. Il legittimo combattente nel d.i.c.a.

Il combattente legittimo è, come dice la parola stessa, legittimamente autorizzato a prender parte in forma diretta alle ostilità non potendo quindi essere punito per gli atti posti in essere in battaglia in conformità a quanto previsto dal diritto internazionale vigente. Oltre a questo al legittimo combattente, se catturato, spetta il trattamento riservato ai prigionieri di guerra.

Lo *status* di combattente non trova spazio all'interno di conflitti armati non internazionali[9]: nei conflitti interni, quindi, i membri di gruppi armati organizzati non godranno del trattamento del prigioniero.

La definizione di legittimo combattente è maturata in senso al diritto internazionale nel corso dei decorsi storici. Sino al termine del secondo conflitto mondiale i giuristi si rifacevano a quanto disposto all'interno della *Regulations concerning the Laws and Custom of War on Land* annessa alla IV Convenzione de L'Aia del 18 Ottobre 1907 che individuava tre figure di combattente legittimo: il combattente regolare, il combattente irregolare e la levata di massa.

Il primo dei tre era colui il quale faceva parte delle Forze Armate, delle Milizie volontarie o dei Corpi volontari integrati strutturalmente all'interno delle Forze Armate; il secondo faceva parte di spontanee Milizie volontarie o spontanei Corpi volontari che avevano al loro vertice una persona responsabile dei subordinati in grado di garantire il rispetto dell'ordine e della disciplina, fossero dotati di un segno distintivo chiaramente riconoscibile, portassero apertamente le armi e si conformassero nella conduzione delle operazioni agli usi ed alle leggi di guerra. Infine con levata di massa viene definita la

sollevazione di una popolazione che, vedendo arrivare il nemico, prende spontaneamente le armi senza avere il tempo di assegnarsi una struttura gerarchica.

A seguito del secondo conflitto mondiale irrompe nella scena giuridica una nuova forma di attore belligerante rappresentato dai movimenti organizzati della resistenza. Questi sono stati formalizzati **dall'art. 4 della III Convention relative to the Treatment of Prisoners of War** siglata a Ginevra il 12 Agosto 1949 ed hanno trovato collocazione al fianco delle Milizie e degli altri Corpi volontari non strutturati organicamente all'interno delle Forze Armate. Unica differenziazione assegnata è che i gruppi di resistenza dovranno appartenere ad una delle parti del conflitto, ciò è anche ribadito all'interno del *Commentary* alle Convenzioni di Ginevra dove si afferma che «*it is essential that there should be a de facto relationship between the resistance organization and the party to the conflict, but existence of this relationship is sufficient*»[10]. Lo stesso art. 4 prevede poi che la qualifica di combattente legittimo trovi spazio anche nei confronti di quei membri delle Forze Armate regolari che dipendono da un Paese ovvero da un'Autorità non riconosciute dall'avversario.

I requisiti sin qui richiamati di appartenenza ad una parte in conflitto e di sussistenza di un comandante responsabile debbono essere collettivamente posseduti dal movimento perché i suoi membri siano considerabili legittimi combattenti. Riassumendo possiamo a ragione affermare che il singolo da solo - come unità atomistica - non può essere considerato combattente legittimo ma ciò è possibile solo se detto singolo è membro di un gruppo - come unità elementare - essendo questo gruppo medesimo a fornirgli il cappello di legittimità.

Il successivo ***Additional Protocol*** alla Convenzioni di Ginevra dell'8 Giugno 1977 è poi intervenuto innovando profondamente la disciplina previgente: da un lato ha ampliato ai movimenti di liberazione nazionale che combattono in senso al principio di autodeterminazione del popolo ed ai guerriglieri, definiti come combattenti in un conflitto armato interno ovvero all'interno di una guerra di liberazione nazionale; dall'altro lato ha fornito una definizione di Forze Armate tale da porre fine alla discriminazione tra combattenti regolari ed irregolari.

L'art. 43 delinea una serie di condizioni necessarie perché un soggetto possa conservare lo *status* di prigioniero di guerra. Qui è stabilito che combattenti sono i membri delle forze, dei gruppi e delle unità armate di una parte in conflitto che sono posti sotto un comando responsabile della condotta dei propri subordinati e soggetti ad un regime

disciplinare interno che assicuri il rispetto del d.i.c.a.

L'art. 44 stabilisce poi che al fine di dirsi combattente il soggetto deve distinguersi dalla popolazione civile nel momento in cui prende parte ad un'operazione militare. Nel caso in cui tale dovere venga ad essere disatteso il soggetto disobbediente perderà lo *status* di prigioniero di guerra. Tale regola trova un'attenuazione nel caso in cui, in ragione della natura delle ostilità, il combattente non può distinguersi dalla popolazione: in tal caso si ritiene sufficiente che esso porti apertamente le armi per tutto il tempo in cui è esposto all'avversario.

Alla luce di ciò possiamo qualificare come legittimi combattenti poi i componenti di un'organizzazione paramilitare o di un servizio armato incaricato di far rispettare l'ordine se e solo se incorporati all'interno delle Forze Armate di una delle parti in conflitto. Tale incorporazione può derivare sia da un atto formale che da una risultanza di fatto nel caso in cui trovino soddisfazione le condizioni previste dalla nozione di combattente. L'eventuale incorporazione deve essere notificata alle parti in conflitto al fine di facilitare il rispetto del principio di distinzione: *«notification is not constitutive of the status of the units concerned, it does serve to avoid confusion and thus enhances respect for the principle of distinction»*[11].

Trasportando i concetti sopra espressi al tema di studio possiamo affermare che, alla luce del d.i.c.a., i dipendenti delle PMSCs possono acquisire la qualifica di combattente legittimo in due modi: tramite l'appartenenza diretta alla Forze Armate di uno Stato[12], ovvero attraverso un collegamento esistente tra la società privata e lo Stato[13]. Il legame colla parte in conflitto si erge dunque a *condicio sine qua non* al fine di qualificare un certo soggetto come combattente e ciò stando solamente i dipendenti di quelle compagnie private ingaggiate da uno Stato possono, in linea di principio, essere considerati combattenti.

I *contractors* che prestano servizio a favore di attori non statali quali Organizzazioni intergovernative ovvero non governative devono quindi considerarsi meri civili agli effetti del d.i.c.a. ciò determinando che molti dipendenti delle aziende PMSCs non possano essere qualificati come combattenti. Nonostante le condizioni in cui operato, le funzioni assegnate e le armi ed i mezzi tipicamente militari che questi operatori utilizzano li possa far scambiare per combattenti, dobbiamo affermare che in linea generale i *private contractors* non soddisfano i requisiti richiesti dal diritto internazionale e debbano dunque considerarsi a tutti gli effetti dei civili prescindendo

dall'attività da loro effettivamente svolta. A tale conclusione possiamo anche arrivare dall'esame dell'art. 50 del I Protocollo Addizionale che impone che in caso di dubbio ogni soggetto debba essere considerato civile.

4. PMSCs e art. 43 del I Protocollo Addizionale

Vogliamo quindi ora analizzare il rapporto con l'**art. 43 del I Protocollo Addizionale** (da qui IPA) e quindi determinare come un *contractor* possa qualificarsi combattente. Perché ciò avvenga la PMSC dovrebbe essere in posizione di subordinazione ad una parte di un conflitto armato, *c'est a dire* che i suoi dipendenti devono costituire un gruppo armato organizzato sotto il comando responsabile di quella parte e sottostanno ad un sistema interno di disciplina. L'uniforme, i distintivi o il portare apertamente le armi non si prospettano più dunque come elementi decisivi ai fini di qualificare o meno un soggetto come combattente.

Nel caso in cui uno Stato incorpori formalmente i *contractors* all'interno delle proprie Forze Armate, questi acquisiranno *de jure* lo stato di combattente legittimo per gli effetti dell'art. 43 IPA laddove l'attribuzione della qualifica deriva proprio dall'incorporazione che però potrà avvenire unicamente fermo restando la volontà dello Stato ed il suo regime giuridico interno. Autorevole dottrina evidenzia infatti che «*it is clear that some form of official incorporation is necessary, especially since Article 43.3 of Protocol I imposes a specific obligation on states that incorporate their own police forces or other paramilitary forces into their armed forces to inform the opposing side. This suggests that international humanitarian law anticipates that although it is a matter of domestic law as to how members of armed forces are recruited and registered within a state, it should be understandable to opposing forces precisely who constitutes those forces*»[14].

Nel caso in cui tale inserimento *interna corporis* non venga ad essere attuato è però possibile un'acquisizione *de facto* della qualifica stante il soddisfacimento di alcuni requisiti. In primo luogo la subordinazione ad una parte del conflitto armato. La definizione di forze armate data dal diritto internazionale appare avere una natura meramente di tipo funzionale, non individua cioè - come per il nostro diritto interno - gli appartenenti a specifiche Armi del comparto della Difesa, ma definisce solo un gruppo organizzato che porta le armi. Assume dunque un rilievo chiaro se il gruppo combatte nell'interesse di una parte del conflitto oppure no, in altre parole occorre delineare il legame fattuale tra le società private e le Forze Armate regolari[15].

Stante ciò possiamo ritenere pacifico che nell'ipotesi in cui i *contractors* esercitino prerogative dell'Autorità di governo ovvero agiscano dietro l'istruzione o la direzione ed il controllo dello Stato, essi debbano essere considerati dei combattenti per conto di quest'ultimo.

Un ulteriore requisito vede il gruppo dover essere armato ed organizzato. Tale concetto è flessibile ed implica unicamente che la lotta abbia un carattere non singolo ma collettivo e che venga ad essere condotta mediante un controllo e nel rispetto delle regole. Da questo requisito deriva che i dipendenti privati debbano essere allocati all'interno di una struttura gerarchica in cui sia evidente la subordinazione ad un comando. Possiamo quindi dire che, avendo in linea di massima le PMSCs una struttura gerarchica addirittura a volte simile a quelle militari, spesso dette società soddisfano tale requisito.

Vi è poi il requisito della presenza di un sistema disciplinare interno che, alla luce di quanto affermato all'interno del Commentario al IPA, vuole comprenda il diritto penale militare e quello disciplinare militare[16]. *De facto* però da un lato per i dipendenti di una società privata non potrebbe trovare applicazione il diritto penale militare che prevede una sua applicazione unicamente nei confronti di quei soggetti che rivestono la qualifica di militare; dall'altro lato il nostro Ordinamento non concede ad altri soggetti al di fuori dello Stato di poter commutare sanzioni di carattere penale. Le società private potrebbero godere del sistema di diritto privato con riferimento all'adempimento del contratto sanzionando quindi i propri dipendenti per il tramite di quanto disposto in materia di inadempimenti contrattuali.

Il requisito comunque più controverso rimane quello della sottoposizione al comando responsabile di uno Stato. In dottrina si dibatte circa la possibilità che il contratto concluso tra una PMSC ed un Paese possa dirsi sufficiente ad adempiere a questo requisito - offrendo come già rilevato il diritto civile uno strumento allo Stato che consentirebbe un controllo sulla società privata - ovvero se il *contractor* deve essere assoggettato ad una catena di comando delle Forze Armate regolari del Paese, oppure ancora se il dipendente della PMSC debba essere soggetto alla giurisdizione penale dello Stato.

Quanto a questo ultimo dubbio dottrinale occorre, per chiarezza e trasportando la questione sul piano del diritto italiano, distinguere il *contractor* cittadino italiano che opera per una società ingaggiata dall'Italia, ed il *contractor* cittadino italiano che opera per una società ingaggiata dallo Stato Beta. Nel primo caso, vigenti gli artt. 7 e ss c.p., la

giurisdizione penale spetterà allo Stato italiano in quanto l'operatore è cittadino italiano. Certamente potrebbero però aprirsi conflitti di giurisdizione con altri Stati che prevedono norme analoghe alle nostre laddove l'art. 10 c.p. estende la capacità di conoscere del giudice italiano anche nel caso di delitto commesso da un cittadino straniero fuori dai confini italiani. Nel secondo caso, certamente quello più ricorrente in tema di *contractors*, l'operatore potrebbe a ragione essere sottoposto alla giurisdizione di Beta ma potrebbero aprirsi conflitti di giurisdizione con l'Italia. La questione appare dunque eccessivamente nodosa e complessa perché possa trovare un'applicazione reale effettiva.

Possiamo comunque ritenere che sarebbe sufficiente utilizzare adeguatamente lo strumento del contratto prevedendo che la PMSC diventi responsabile nei confronti dello Stato e che il contraente statale eserciti il controllo richiesto. In altri termini sarebbe ideale se il contratto contenesse al suo interno delle clausole relative al rispetto del d.i.c.a. e che vincolano le società private a presentare regolari rapporti agli addetti governativi. L'art. 43 IPA non richiede infatti la sussistenza di una rigida catena di comando militare, essendo detta norma costruita con una formulazione aperta e flessibile. Ricordiamo infatti che il compilatore del 1977 volle ampliare la categoria dei combattenti come ricordato nel capitolo che precede.

Ad avviso di chi scrive, quindi, stante un'apertura da parte degli Stati che si avvalgono delle PMSCs di regolarizzare con contratti vincolanti i loro rapporti, sarebbe possibile qualificare i *contractors* combattenti legittimi ai sensi dell'art. 43 Primo Protocollo Addizionale stante la possibilità di adempiere a tutte le condizioni imposte.

5. *Contractors* ed art. 4 della III Convenzione di Ginevra

L'art. 4 della III Convenzione di Ginevra (da qui CG(III)) assolve la funzione di definire chi siano i prigionieri di guerra alla luce del vigente d.i.c.a. Da questa norma possiamo risalire ad una definizione di combattente regolare in quanto, come già affermato nel primo capitolo del presente lavoro, soltanto a questi è riconosciuto il diritto spettante ai prigionieri di guerra.

Detto art. 4 afferma che gli appartenenti alle Forme Armate possono godere dello *status* di prigioniero. La norma utilizza il termine di Forza Armata in senso formale, intesa quindi come Organo definito de iure dallo Stato che determina i requisiti necessari per l'appartenenza al medesimo comparto. La CV(III) impone quindi un vincolo formale di incorporazione al di là del mero contratto ciò determinando che

difficilmente il *contractor* possa qualificarsi come appartenente alle Forze Armate ai sensi dell'art. 4, infatti «*to do so, they would have to individually enlist (or be conscripted) or be formally incorporated as a group. Additionally the requirement inferred from art 4 A 2 would usually act as a further bar to characterization as member of the armed forces, and thereby combatants*»[17]. Assume quindi un forte rilievo discriminante il nesso con lo Stato.

L'art. 4 CG(III) prevede poi che il gruppo armato indipendente appartenga ad una parte del conflitto, invero l'art. 43 IPA definisce che è sufficiente che il gruppo sia al di sotto di un comando responsabile di una parte del conflitto. Una norma, questa in esame, che quindi è maggiormente restrittiva rispetto a quella esaminata precedentemente. Possiamo così ritenere che divenga difficile pensare ad un tale vincolo di appartenenza della società privata con lo Stato, specie in Italia alla luce del moderno comparto normativo che demanda l'uso della forza unicamente al comparto delle Forze militari o di polizia.

Ciò detto si potrebbe tuttavia far riferimento al Commentario della Convenzione che afferma sia sufficiente il nesso fattuale tra lo Stato ed il combattente irregolare a condizione che sia chiaro per quale parte del conflitto il *contractor* sta combattendo[18]. Questa tesi è poi altresì rinvenibile nella giurisprudenza internazionale del noto caso *Tadić* dove la suddetta relazione è stata descritta come «*control by the state and dependence by the group*»[19]. La PMSC potrebbe così soddisfare questo criterio.

Il requisito della subordinazione ad un comandante previsto dall'art. 4 CG(III) appare poi rispettato fermo restando che la PMSC o la compagnia di *contractors* siano organizzati al loro interno come una struttura militare. Così anche il requisito dell'evidenza trova compiutezza laddove quasi nella totalità dei casi gli operatori di dette società private vestono abiti militari e portano apertamente le armi. Invero anche l'ultima condizione del rispetto del diritto internazionale appare adempiuta laddove non si conosce di gruppi riconducibili a PMSCs che sistematicamente non hanno osservato il d.i.c.a.

Concludendo, ad avviso di chi scrive, è quindi possibile che alcune PMSCs ed alcuni loro dipendenti soddisfino le condizioni statuite all'art. 4 della Convenzione di Ginevra (III) tuttavia se tali requisiti debbono essere considerati congiuntamente manifesta un problema evidente il primo di essi, ossia l'appartenenza formale alla Forza Armata laddove voglia sposarsi la concezione di un vincolo formale ed assoluto di incorporamento.

6. Il *contractor* come persona che segue le Forze Armate

Un'ulteriore possibilità che offre il d.i.c.a. nella qualificazione dei dipendenti delle PMSCs è quella contenuta all'art. 4, let. A), c. 4, CG(III) ossia come persona che segue le Forze Armate senza però farne parte in maniera diretta. A tale categoria, secondo quanto disposto dalla norma, appartenerebbero i membri civili degli equipaggi di aeromobili militari, i corrispondenti di guerra, i fornitori ed i membri di unità di lavoro o di servizi incaricati del benessere delle Forze Armate, tutti salvo abbiano ricevuto una specifica autorizzazione a svolgere i loro compiti dai Comparti che accompagnano.

La Convenzione vincola poi le Forze Armate a rilasciare una carta d'identità al fine di favorire l'identificazione di tale personale. Da ciò possiamo comprendere che la qualifica di persona che segue le Forze Armate può essere concessa unicamente da dette Forze per il tramite di una specifica autorizzazione, e così essendo le cose i *contractors* che operano per altre branche dell'Amministrazione, ovvero per Organizzazioni internazionali o non governative, o ancora per soggetti giuridici privati non possono assumere tale qualifica.

Emergono quindi due questioni che occorrono chiarirsi con riferimento alla natura delle attività poste in essere dalle persone che accompagnano le Forze Armate ed al nesso tra detti civili ed i Comparti militari che seguono.

Circa la prima questione possiamo affermare, in linea con quanto riportato dal Commentario alla III Convenzione di Ginevra, che la lista delle attività contenute all'interno della norma ha carattere meramente descrittivo ed indicativo, non certamente esaustivo e chiuso[20]. Ciò detto non possiamo però non evidenziare che tale disposizione elenca solamente delle attività per le quali non si determina una partecipazione diretta alle ostilità: sono tutti individui che non hanno funzioni di combattimento e che non le hanno mai avute, dei meri civili. Nel caso in cui essi prendessero parte alle ostilità, secondo quanto coerentemente previsto dal *Manual of the Law of Armed Conflict* inglese essi perderebbero lo status di prigionieri di guerra: «*Civilians who are authorized to accompany the armed forces in the field [...] remain non-combatant, though entitled to prisoner of war status, so long as they take no direct part in hostilities*»[21].

Con riferimento al nesso viene richiesto dalla norma che le persone che seguono le Forze Armate stiano accompagnando queste ed abbiano da loro ricevuto un'autorizzazione.

Il *focus* dunque si fonda sull'interpretazione del termine accompagnare ed autorizzazione. Quanto al primo si discute se i *contractors* debbano fisicamente seguire in contemporanea presenza le Forze regolari, in realtà la dottrina maggioritaria ritiene che l'operatore della società di PMSC debba offrire concretamente un servizio per le Forze. Circa il termine autorizzazione l'interpretazione più accreditata afferma che non è sufficiente il mero contratto concluso tra le parti ma necessiti di qualcosa di più formale. In realtà ad avviso di chi scrive si ritiene che, almeno in Italia, il contratto abbia una forza giuridica tale da valere come legge tra i contraenti i quali, per giungere a conclusione del medesimo, hanno superato una fase delle trattative in cui certamente è venuta a concretizzarsi la volontà di stipulare, di impegnarsi e, nell'eventuale caso di *contractor*, di godere dei servizi proposti dalla PMSC e, quindi, *de facto* autorizzarli.

Concludendo dobbiamo affermare che la linea interpretativa prevalente dell'art. 4 afferma che i *contractors* debbano svolgere funzioni di supporto alle Forze Armate, dunque non partecipare direttamente alle ostilità, ed abbiano da queste una specifica autorizzazione non bastando il contratto di servizi stipulato. Ciò ritenendo il privato operatore non può trovare copertura da questa norma. *Verum est* che rebbe sufficiente che in ogni Paese il Legislatore prevedesse, come accade in quelli di matrice anglosassone, un comparto normativo di specifiche regole per disciplinare la presenza dei *contractors' employees* autorizzati ad accompagnare de Forze Armate.

7. *Contractors* e civili

Appare poi ragionevole concludere accennando all'ampio contenitore entro in quale rientrano coloro i quali non trovino assimilazione nelle definizioni di combattente legittimo sopra esposte. L'art. 50 del IPA stabilisce che ogni soggetto non appartenente alle Forze Armate di una della parti in conflitto deve essere considerato civile. Essi non possono essere oggetto di attacco ma non hanno neppure il diritto di prendere parte alle ostilità e l'uso delle armi è loro consentito ma per mera difesa di se o di coloro i quali sono sottoposti alla loro responsabilità[22].

Nel caso in cui dei civili prendano parte ai combattenti si spogliano del loro *status* per acquisire quello di combattenti illegittimi: in tal caso potrebbero essere oggetto di un legittimo attacco nemico e non godrebbero di alcuna immunità per gli atti di belligeranza compiuti quand'anche fossero rispettosi del diritto internazionale umanitario. Va da sé che nel caso venissero catturati non potrebbero neppure godere dei privilegi del prigioniero spettando loro unicamente il diritto al trattamento umano ed all'equo

processo.

Possiamo dire che, nel caso non sia possibile affidare alle PMSCs ed ai loro operatori un'adeguata copertura giuridica con la qualifica di combattente legittimo come sopra ampiamente detto, residua quella di civile con ogni limitazione del caso.

8. I mercenari per il diritto internazionale

Molti hanno ricercato differenze ed analogie con la figura storica del mercenario, ossia di chi combatte per un determinato gruppo al fine di ottenere un guadagno economico, ed alcuni hanno affermato che rispetto al mercenariato tradizionale, che volge i propri obiettivi alla mera partecipazione diretta ai combattimenti, le PMSCs offrono un'ampia gamma di servizi: operazioni tattiche di combattimento, pianificazione strategica, raccolta ed analisi di informazioni, consulenze, sminamenti, manutenzione e gestione degli armamenti, addestramento e protezione di persone o luoghi. Aziende dunque che sono capaci di offrire pacchetti completi che vanno oltre la mera partecipazione diretta alle ostilità.

La definizione di mercenario internazionalmente accettata è quella presente all'art 47 del IPA, primo accordo internazionale che ha voluto definire la figura in oggetto. L'ambito di applicazione è riferito ai soli conflitti aventi carattere internazionale e la norma non vuole vietare agli Stati l'impiego di mercenari, ma escludere che a questi si possano applicare gli stati di combattente legittimo e prigioniero di guerra. L'art. 47 prevede sei requisiti che devono trovare soddisfazione cumulativa e possiamo così riassumere: il mercenario è colui il quale viene reclutato localmente o all'estero, prende parte in modo diretto alle ostilità, agisce in quanto spinto da un guadagno economico e non è né cittadino né un membro delle Forze Armate di uno Stato parte del conflitto.

Nel 1989, sotto l'egida delle Nazioni Unite, è stata adottata la Convenzione internazionale contro il reclutamento, l'utilizzo, il finanziamento e l'addestramento dei mercenari entrata in vigore nel 2001. Detta convenzione rende il mercenariato un crimine e, oltre a stabilire la perseguibilità di ogni soggetto qualificabile come mercenario, di chi recluti, utilizzi o finanzia detti soggetti, prevede la responsabilità internazionale di ogni Paese contraente che finanzia, recluti, addestra o impegna direttamente i mercenari.

Tale trattato vincola solamente gli Stati che lo hanno ratificato ed ha portata generale ossia trova applicazione non solo per i conflitti armati - interni o internazionali - ma

anche a contesti pacifici. L'art. 1 contiene due definizioni di mercenario, ai commi 1 e 2, autonome con requisiti non cumulativi. Al primo comma viene ripresa ed ampliata la definizione data dal IPA laddove la novella trova applicazione anche per i conflitti interni ed elimina il requisito della partecipazione diretta alle ostilità; per secondo comma, invece, il mercenario è chi viene reclutato localmente o all'estero per partecipare ad un atto violento finalizzato al rovesciamento di un governo, alla minaccia di un ordine costituzionale o dell'integrità territoriale di uno Stato.

Un precedente storico che merita essere citato anche tenuto conto dell'attuale quadro geopolitico è rappresentato dalla Convenzione di Libreville del 1977 per l'eliminazione del mercenarismo in Africa. Detta convenzione è efficace unicamente sul piano regionale e, oltre a negare lo *status* di combattente legittimo al mercenario, prevede che gli individui, i gruppi, le associazioni o gli Stati che, per opporsi ad un processo di autodeterminazione o integrità territoriale organizzano, finanziano, assistono, promuovono o sostengono bande di mercenari, siano colpevoli del crimine di mercenarismo definito come un crimine contro la pace e la sicurezza in Africa.

Stabiliti i limiti estrinseci, derivanti dalla scarsa adesione degli Stati alle Convenzioni contrarie al mercenariato, ed intrinseci, derivanti dalla difficoltà di applicare le definizioni tecnico-giuridiche di mercenario di dette convenzioni alla figura del *contractor*, la dottrina maggioritaria, cui ci sentiamo di prender parte, tende ad escludere l'applicazione del comparto normativo in materia di mercenari alle PMSCs ed ai loro dipendenti.

Invero permangono alcune frizioni prima tra tutte quella per cui il mercenario è tale se impiega la propria opera militare per mero lucro, laddove invece il *contractor* svolge professionalmente e a tempo indeterminato una professione di esperto militare per una società privata. La permanenza in area di conflitto, quindi, non è dovuta alla remunerazione da lui percepita bensì dal contratto di dipendenza con la società appaltante il servizio. Anche con riferimento alla partecipazione diretta alle ostilità possiamo notare come il compito principale delle PMSCs sia quello non tanto di intervenire in modo diretto nel conflitto ma di addestrare ovvero equipaggiare le Forze militari statali. Certo alcuni requisiti offerti dal d.i.c.a. potrebbero essere soddisfatti, ma proprio il limite applicativo della condizione necessaria di riscontro cumulativo dei vari requisiti ci porta a definire, con un grado elevato di certezza, che gli operatori delle PMSCs non possano definirsi quali mercenari.

9. Risvolti pratici di impiego nell'attuale quadro d.i.c.a.

Come abbiamo avuto modo di vedere non esiste uno specifico regime giuridico internazionale per la regolamentazione delle PMSCs e solitamente la riluttanza degli Stati nel regolare questo fenomeno deve essere letta unitamente alla loro non volontà di spogliarsi di una prerogativa sovrana forte quale l'uso della forza militare. I limiti e gli spazi liberi entro i quali ci si può muovere in termini di utilizzo dei *contractors* vengono dedotti dal diritto internazionale ma è compito dei singoli Paesi e delle amministrazioni nazionali implementare questo *framework* adottando una legislazione efficace e misure amministrative idonee a normare l'uso delle PMSCs in dettaglio.

Volendo portare esempi pratici di possibilità di impiego degli operatori privati - escludendo la partecipazione diretta alle ostilità di cui abbiamo detto a fondo in precedenza - rinveniamo due circostanze. In primo luogo è ravvedibile un impiego per il controllo dei campi di prigionia: secondo quanto disposto dalle Convenzioni di Ginevra infatti è necessario che i campi siano sottoposti all'autorità di un ufficiale responsabile che può essere sia parte dell'Amministrazione militare che di quella civile. Gli Stati potrebbero dunque prevedere di servirsi di PMSCs per il controllo dei campi di prigionia fermo restando la sottoposizione, in merito al controllo circa l'operato, degli operatori civili ad un'autorità statale.

Un secondo risvolto pratico è rappresentato dall'antipirateria dove assume rilievo la Convenzione in materia di diritto del mare (UNCLOS). A partire dal 2010 alcuni giornali britannici avanzavano l'ipotesi che alcuni Governi occidentali si sarebbero potuti servire di una *private navy* per contrastare il dilagante fenomeno della pirateria al largo delle coste somale[23]. Questo impiego troverebbe infatti riscontro e legittimazione nel diritto di legittima difesa laddove le imbarcazioni private mercantili spesso non riescono a difendersi dai pirati che comunque manifestano una preparazione militare che richiede una forza contrastante preparata ed idonea. Certamente gli eventuali operatori privati non potrebbero compiere funzioni tipicamente riservate all'Autorità statale quali quelle di *visit and board* una nave sospetta di pirateria, così come quelle di prendere l'imbarcazione in cattura, funzioni unicamente spettanti ad imbarcazioni delle Forze Armate di uno Stato o comunque natanti specificatamente dedicati a queste prerogative.

10. PMSCs e diritto interno

Il quadro internazionale, esaminato a fondo, potrebbe di primo impatto sembrare irrilevante ai fini interni ma tale conclusione sarebbe alquanto errata: in un mondo globalizzato ed in un Paese che come il nostro, ha voluto impegnarsi alle convenzioni ed agli usi internazionali addirittura statuendo tal principio all'interno della Costituzione, il ruolo giocato dal d.i.c.a. è assai forte. Come è noto ai più le PMSCs negli anni hanno trovato le loro sedi sociali negli Stati Uniti, in Gran Bretagna, Francia, Israele, Russia, Sud Africa ma non in Italia. La problematicità del nostro Paese in materia non è trascurabile, infatti da un lato l'assenza di una normativa specifica determina un vuoto che i giuristi tentano di colmare con il comparto normativo presente, dall'altro lato le leggi vigenti che, con un'interpretazione estensiva, potrebbero espandersi alla materia sono desuete e non scritte con l'eventuale intento di applicarle ai casi *de quo*.

L'esempio ci viene fornito dall'art. 288 c.p. rubricato *Arruolamenti o armamenti non autorizzati a servizio di uno Stato estero*. La norma è volta a tutelare e garantire il potere di coscrizione militare dello Stato che, come ha avuto modo di affermare la Corte d'Assise di Bari nel dicembre 2010, «*deve essere l'esclusivo titolare della funzione pubblica volta al reclutamento ed arruolamento dei cittadini a scopi militari*»[24]. Proprio il giudice del capoluogo pugliese si è espresso in numerose occasioni interpretando la presente norma che merita essere analizzata qui in ordine ai quattro suoi elementi: la nozione di "straniero", l'elemento oggettivo, l'elemento soggettivo ed il momento consumativo.

Con riferimento alla nozione di straniero deve intendersi lo Stato estero finalisticamente inteso nella sua dimensione pubblicistica ossia nelle sue Istituzioni siano esse anche solo a livello embrionale ovvero rudimentale. Ma non solo, rientrano in tale contenitore giuridico anche formazioni estere insurrezionali (truppe ribelli o bande ausiliarie), e gli Enti di diritto internazionale o altri enti esteri come società o imprese che, pur mantenendo una formale veste privatistica *de facto* manifestino un interesse pubblicistico o istituzionale tramite un collegamento funzionale con lo Stato estero (es. il ricevere eventuali sovvenzioni). Tale norma però, come possiamo notare, colpisce solo il privato che presta il proprio servizio ad un'entità pubblica o ad essa direttamente riconducibili, lasciando andare esente il caso del cittadino italiano che, anche in armi, svolge l'attività per conto di una società privata tramite un rapporto strettamente privatistico. Va da sé che tale attività non debba andare a favorire una parte di un conflitto piuttosto che un'altra.

Con riferimento all'elemento oggettivo l'art. 288 c.p. reprime l'arruolamento e l'armamento di chi, dietro corrispettivo pecuniario o altra utilità, combatte in un conflitto armato in un territorio estero o partecipa ad un'azione preordinata e violenta volta a mutare l'ordine costituzionale ovvero violare l'integrità territoriale di uno Stato. È quindi necessario che l'agente, all'interno del territorio italiano ed in mancanza dell'autorizzazione governativa, arruoli o armi cittadini italiani con il fine di prestare attività militare per un ente straniero quand'anche lo faccia per conto di una società privata estera. Va da sé che non sono colpiti dalla norma in esame gli operatori di sicurezza che limitano strettamente la loro attività ad esigenze di tutela delle persone scortate senza possibilità di ingerenza in eventuali scontri tra milizie o Forze Armate estere[25].

Quanto all'elemento soggettivo è richiesto il dolo specifico consistente nella coscienza e volizione di arruolare o armare cittadini italiani per farli militare a favore di uno straniero come sopra descritto sapendo che il Governo italiano non ha offerto alcuna autorizzazione. Infine quanto al momento consumativo risiede nel momento in cui si svolge compiutamente l'attività di arruolamento ovvero armamento.

Questo possiamo dire che è lo stato dell'arte in Italia. È però altresì vero che il compilatore del codice Rocco ha voluto lasciarci una norma aperta all'eventuale affiorire nel panorama italiano proprio di ditte che privatizzassero la sicurezza o i compiti militari. Invero la norma apre affermando «*senza approvazione del Governo*» ciò lasciando ben intendere che se un'autorizzazione dell'Esecutivo è possibile, certamente un *revirement* del Legislativo sarebbe auspicabile anche per voler evitare certi eventuali imbarazzi governativi[26].

Negli ultimi mesi il Parlamento ha voluto intervenire con una novella regolamentativa degli Istituti di vigilanza privata senza però dar minimamente conto delle attività di questi all'estero da un lato, e ribadendo, dall'altro lato, che il compito di garantire la sicurezza alle persone è riservato, come da quanto disposto dal Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza, alle Forze di polizia.

La vigilanza, comunque, è consentita e quindi possiamo affermare che il comparto normativo italiano non voglia sanzionare attività di sicurezza se e solo se queste vengano svolte senza avvantaggiare in maniera esplicita una delle parti in conflitto. In quel modo, infatti, si ricadrebbe all'interno dell'art. 288 c.p. con i seguiti che, fino ad una futura auspicabile modifica, abbiamo visto potersi delineare. Il diritto italiano vede dunque

attualmente con difficoltà all'attuazione di PMCs italiane, mentre un profilo di maggiore attuazione è lasciato per le PSCs i cui operatori potrebbero quindi essere chiamati a svolgere compiti di sicurezza anche estera. Per gli sviluppi ulteriori dobbiamo attendere un'attività di impulso da parte del Legislatore.

Fonti bibliografiche e sitografiche

AA.VV., *Commentary on The Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Ginevra, 1987.

AA.VV., *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their Actions*, University Centre for International Humanitarian Law, Ginevra, 2005.

D. Brooks, *Protecting People: the Private Military Companies Potential: Comments and Suggestions for the UK Green Paper on Regulating Private Military Services*, Alexandria, 2002.

L. Cameron, *Private Military Companies: their Status under International Humanitarian Law and its Impact on their Regulation*, in *International Review of Red Cross*, n. 863, 2006.

F. Francioni, N. Ronzitti, *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 15.

E. L. Gaston, *Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement*, in *Harvard International Law Journal*, XLIX, 1, 2008.

E.C. Gillard, *Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law*, *International Review of Red Cross*, n. 863, 2006.

S. Gumede, *Private Security in Africa: Manifestation, Challenges and Regulation*, Institute for Security Studies, South Africa, 2007.

J.M. Henckaerts e L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2005.

C. Milmo, *Insurance firms plan private navy to take on Somali pirates*, *The Independent*, 28 Settembre 2010.

J.S. Pictet, *Commentary of Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, ICRC, Ginevra, 1960.

M.N. Schmitt, *War, International law, and Sovereignty: Revaluating the Rules of the Game in a new Century: Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Emoloyees*, *Chicago journal of International Law*, n. 5, 2005.

F. Schreier, M. Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, in *Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), Occasional Paper*, 6, 2005.

P. W. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privitized Military Industry*, Cornell University Press, New York, 2003, pp. 88-145.

United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004.

F. Vignarca, *Mercenari S.p.a. I nuovi soldati dell'era globale: chi sono e chi li paga. Dall'America agli stati africani, dall'Iraq all'Italia, gli affari d'oro della guerra privata*, Milano, 2004.

[1] F. Vignarca, *Mercenari S.p.a. I nuovi soldati dell'era globale: chi sono e chi li paga. Dall'America agli stati africani, dall'Iraq all'Italia, gli affari d'oro della guerra privata*, Milano, 2004, p. 90.

[2] Ad oggi possiamo delineare un certamente non esaustivo elenco delle maggiormente note società di PMC operanti in differenti scenari. La quasi interezza di esse proviene dagli Stati Uniti e dalla Gran Bretagna: la *Aegis Corporation* (UK), la *Blackwater* (USA), la *Dyncorp Technical Service* (USA) – controllata dalla *Computer Science Corporation* – la *Kellogg Brown & Root* (USA) – gruppo *Halliburton* – la *Sandline International* (UK), la belga *International Defence and Security*, e le statunitensi *Military Professional Resource Increment* e *Vinnel*, quest'ultima

affiliata del gruppo *Northrop Grumman*.

[3] Sul punto cfr. F. Schreier, M. Caparini, *Privatising Security: Law, Practice and Governance of Private Military and Security Companies*, in Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF), *Occasional Paper*, 6, 2005, pp. 17-33; e E. L. Gaston, *Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement*, in *Harvard International Law Journal*, XLIX, 1, 2008, pp. 223-228.

[4] E. Cusumano, *Policy Prospects for Regulating Private Military and Security Companies* in F. Francioni, N. Ronzitti, *War by Contract: Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 15.

[5] Sul punto cfr. D. Brooks, *Protecting People: the Private Military Companies Potential: Comments and Suggestions for the UK Green Paper on Regulating Private Military Services*, Alexandria, 2002, p. 3 (disponibile su: www.ipoaonline.org)

[6] Cfr. P. W. Singer, *Corporate Warriors: The Rise of the Privatized Military Industry*, Cornell University Press, New York, 2003, pp. 88-145.

[7] Cfr. E.C. Gillard, *Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law*, *International Review of Red Cross*, n. 863, 2006, p. 530.

[8] S. Gumede, *Private Security in Africa: Manifestation, Challenges and Regulation*, Institute for Security Studies, South Africa, 2007, p. 101.

[9] I conflitti armati, alla luce del d.i.c.a., possono definirsi come internazionali o non internazionali a seconda che vedano coinvolti più Stati ovvero abbiano uno sviluppo interno, ad eccezione delle rivolte o dei disordini che non rientrano all'interno della definizione di conflitto.

[10] J.S. Pictet, *Commentary of Geneva Convention relative to the treatment of prisoners of war*, ICRC, Ginevra, 1960, p. 57.

[11] J.M. Henckaerts e L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 17.

[12] Secondo quanto disposto dall'art. 4, c. 1, lett. a) della III Convenzione di Ginevra e dall'art. 43 del I Protocollo Addizionale.

[13] Come previsto dall'art. 4, c. 2, lett. a) della III Convenzione di Ginevra e dall'art. 43 del I Protocollo Addizionale.

[14] L. Cameron, *Private Military Companies: their Status under International Humanitarian Law and its Impact on their Regulation*, in *International Review of Red Cross*, n. 863, 2006, p. 582.

[15] Cfr. AA.VV., *Expert Meeting on Private Military Contractors: Status and State Responsibility for their Actions*, University Centre for International Humanitarian Law, Ginevra, 2005.

[16] Cfr. AA.VV., *Commentary on The Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Ginevra, 1987, art. 4.

[17] M.N. Schmitt, *War, International law, and Sovereignty: Revaluating the Rules of the Game in a new Century: Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees*, *Chicago Journal of International Law*, n. 5, 2005, p. 527.

[18] Cfr. E.C. Gillard, *Business goes to war*, cit., p. 537.

[19] ICTY, *Prosecutor vs. Tadić*, 1999.

[20] Cfr. J.S. Pictet, *Commentary*, cit., p. 45.

[21] United Kingdom Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004, p. 40.

[22] Cfr. F. Francioni e N. Ronzitti, *War by Contract*, cit., pp. 171-184.

[23] Cfr. C. Milmo, *Insurance firms plan private navy to take on Somali pirates*, *The Independent*, 28 Settembre 2010, consultabile in www.independent.co.uk.

[24] Corte d'Assise presso il Tribunale di Bari, sent. 27 Dicembre 2010, n. 7.

[25] Con riferimento all'esame dell'elemento oggettivo è bene portare all'evidenza una giurisprudenza del Tribunale di Bari, sent. 1° Ottobre 2004, che ha ritenuto la vigilanza effettuata

da cittadini italiani reclutati in Italia con armamento paramilitare volta alla protezione di ospiti in un albergo sito in zona in conflitto in Iraq integrante la fattispecie di cui all'art. 288 c.p. in quanto gli appartenenti alle Forze Armate angloamericane, direttamente impiegate nel conflitto, potevano intervenire in ausilio per lo svolgimento di dette attività.

[26] Si pensi a se, sull'*Enrica Lexie* invece di due militari della Marina Militare ci fossero stati due *contractor*. Certamente l'India avrebbe potuto far meno gioco forte e l'Italia si sarebbe potuta muovere più agilmente al fine di risolvere con notevole anticipo di tempo la questione internazionale.

IL PRINCIPIO DI PRECISIONE NELLA FORMAZIONE E NELL'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE

Stabilito che il principio di precisione è un corollario imprescindibile del principio di legalità, occorre fare chiarezza riguardo le note pronunce giurisprudenziali che hanno delimitato la tematica "de qua" con particolare riferimento al disastro innominato ed al disastro ambientale.

Giuseppe Mainas - Pubblicazione, lunedì 29 maggio 2017
Redattore: Alessio Giaquinto

Sommario: 1. Premessa; 2. Il fondamento giuridico del principio di precisione; 3. Prima questione: principio di precisione ed elementi elastici della fattispecie; 4. Rapporto con il principio di precisione; 5. Il disastro innominato; 6. Disastro ambientale; 7. Corte Cassazione 7941/2014 e 32170/2014 (caso Eternit e amianto).

1. Premessa

Il principio di precisione è il principio che, rivolto al legislatore, gli impone di costruire e definire il fatto di reato, il precetto, la fattispecie penale con un tasso di puntualità descrittiva, appunto di precisione, idoneo a ridurre entro limiti accettabili lo spazio della discrezionalità giudiziale in sede applicativa.

Il principio di precisione sarebbe quindi un **corollario del principio di legalità** e si aggiungerebbe, integrandolo, al principio di **riserva di legge**, tendendo a presidiare lo stesso bene giuridico del *favor libertatis*.

Tuttavia **la libertà personale** è presidiata dal

- **principio di riserva di legge:** individuando i soggetti abilitati ad intervenire in ambito penale e riducendo il rischio di arbitri del potere esecutivo;
- **principio di precisione:** definendo le modalità e le tecniche di redazione del precetto penale e riducendo il rischio di arbitri del potere giudiziario;
- **Il principio di determinatezza:** è il principio che, rivolto al legislatore, gli impone di prevedere come reato soltanto un fatto empiricamente e quindi processualmente afferrabile dimostrabile.

La lesione di questo principio è stata ad esempio dedotta con riguardo alla questione di costituzionalità del **reato di plagio** e del **reato di stalking**. **L'art. 612 bis** sarebbe infatti, secondo alcuni, configgente con il principio di determinatezza, soprattutto nella parte in cui, nel descrivere il fatto di atti persecutori, fa riferimento a stati d'animo e stati d'ansia, che costituiscono un elemento inafferrabile e processualmente non dimostrabile.

- **Il principio di tassatività:** è il principio che rivolto principalmente al giudice, ma in realtà anche al legislatore, gli vieta di sussumere nella fattispecie astratta casi non contemplati. Il principio di tassatività costituirebbe la traduzione costituzionale del divieto di analogia art. 14 disp. att. c.c.

2. Il fondamento giuridico del principio di precisione

La giurisprudenza costituzionale, pur in assenza di una testuale enunciazione all'interno della Costituzione, ritiene che **il principio di precisione sia un principio di rango costituzionale**.

Il principio di precisione non è enunciato infatti a livello costituzionale ma a livello sub costituzionale. Tuttavia, pur essendo pacifico il rango costituzionale del principio in esame, la dottrina è divisa nell'individuare il suo fondamento:

A) alcuni nell'**art. 25 Cost.:** il principio di legalità e il principio di riserva di legge sarebbero *inutiliter dati* se non affiancati dal principio di precisione.

Se l'esigenza sottesa al principio di legalità e di riserva di legge è quella di garantire la libertà personale, affidando soltanto alla legge il monopolio della criminalizzazione, questa esigenza rimarrebbe disattesa se al legislatore non si imponesse anche di descrivere il fatto di reato con una certa puntualità, atteso che in assenza di questa puntualità sarebbe non più il legislatore ma il giudice a stabilire il fatto di reato.

B) altri nell'**art. 24 Cost.:** non ci sarebbe più pienezza del diritto processuale alla difesa se il legislatore non avesse l'obbligo di descrivere con puntualità ciò che è reato.

In assenza di una puntuale descrizione degli elementi costitutivi del reato, il soggetto accusato, il quale si difende dimostrando che uno o più degli elementi costitutivi difettano nel caso di specie, non saprebbe come difendersi, non rivenendo nella descrizione normativa del reato una puntuale descrizione degli elementi costitutivi la cui

mancanza deve dimostrare.

C) altri ancora nell'**art. 112 Cost.:** il principio di precisione rinviene la sua base costituzionale nel principio di obbligatorietà dell'azione penale, atteso che il P.M. ha, sì, l'obbligo di esercitare l'azione penale e il giudice quello di controllare l'osservanza dell'obbligo di esercizio dell'azione penale in sede di archiviazione, ma questo meccanismo funziona se la norma incriminatrice descrive puntualmente ciò che è reato.

3. Prima questione: principio di precisione ed elementi elastici della fattispecie

Quando si esamina il principio di precisione ci interroga sulla sua intensità, sulla sua consistenza, ci si chiede cioè quanto deve essere precisa la descrizione della fattispecie di reato da parte del legislatore affinché essa non incorra in una censura di incostituzionalità.

Quando la descrizione normativa della fattispecie di reato è coerente con il principio di precisione? Quanta precisione ci deve essere nella descrizione del fatto di reato?

La questione la si esamina verificando la coerenza con detto principio di alcune tecniche diffuse di descrizione della fattispecie di reato. La tecnica consistente nell'utilizzo di:

- **Elementi rigidi:** elementi il cui accertamento non passa per alcuna valutazione opinabile, discrezionale da parte del giudice ma soltanto per una mera presa d'atto.

Sono elementi rigidi gli:

- **Elementi descrittivi di tipo naturalistico – numerico;**
- **Elementi descrittivi di tipo giuridico,** che si configurano quando la norma incriminatrice richiama altre norme giuridiche, proprie di altri rami dell'ordinamento, e dal contenuto puntuale. Es. norme penali che richiamano la nozione di proprietà

Gli elementi rigidi non pongono nessun problema di coerenza con il principio di precisione.

- **Elementi elastici:** cioè elementi non astrattamente tipizzati a priori dal legislatore e che esprimono una realtà temporale o quantitativa non puntuale (es. gravità del danno art. 133 c.p.) oppure elementi normativi extragiuridici (es. atti osceni) il cui esatto riscontro processuale passa per una inevitabile valutazione del giudice.

Gli elementi elastici pongono invece problemi di coerenza con il principio di precisione.

Nell'ambito del dibattito riguardante la coerenza del principio di precisione con gli elementi elastici si colloca un più specifico dibattito riguardante una tipologia ulteriore, ma che parte della categoria degli elementi elastici, e cioè quella delle cd. **clausole di illiceità speciale**, *che si configurano quando il legislatore, con espressioni vaghe (arbitrariamente, senza motivo ecc.), esclude l'illiceità, e quindi la rilevanza penale della condotta, allorchè, pur in assenza delle tipizzate cause di giustificazioni o scriminanti, ritiene che non possa esigersi dall'autore del fatto una condotta difforme da quella in concreto tenuto.*

Quindi **le clausole di illiceità speciale** sono clausole con cui il legislatore, ricorrendo tuttavia a forme elastiche, **tipizza ipotesi di inesigibilità** della condotta difforme da quella in concreto tenuta (Es. **art. 14, co. 5 ter, D.lgs 286/1998**, il quale prevede l'ipotesi dello straniero che senza giustificato motivo non ottempera l'ordine del Questore non perché ricorre una causa scriminante ma perché ricorrono ipotesi non puntualmente descritte dal legislatore, che si limita ad indicare la formula dell'**assenza di giustificato motivo**, ipotesi che rendono inesigibili l'osservanza).

4. Rapporto con il principio di precisione

Ora, ci si è chiesti se questi elementi elastici e polisensibili siano coerenti con il principio di precisione. Su questo tema c'è un orientamento giurisprudenziale, soprattutto della Corte Cost., abbastanza consolidato, che ha chiarito a quali condizioni l'utilizzo di un elemento non preciso, polisensibile ed elastico non comporta un *vunuls* del principio di precisione.

L'orientamento giurisprudenziale costituzionale è ricostruibile in virtù di tre importanti arresti giurisprudenziali:

1. **Sent. n. 5/2004**: art. 14, comma 5 ter del d.lgs. 286/98;
2. **Sent. n. 327/2008**: disastro innominato;
3. **Sent. n. 127/2014**: stalking;

In tutte e tre le pronunce:

- Il problema è sempre lo stesso e cioè quando con il principio di precisione sia coerente l'utilizzazione di elementi elastici;
- Le coordinate interpretative adottate dalla Corte Cost. per la risoluzione del

problema sono identiche.

Il ragionamento della Corte Costituzionale verte sui seguenti punti:

- La Consulta muove dall'assunto secondo cui **il principio di precisione risponde a due fondamentali esigenze** (rinvenibile soprattutto nell'arresto numero 327 del 2008):
 - 1) **Il favor libertatis**: il principio *assicura la prevedibilità, cioè che il potenziale destinatario del precetto penale possa orientare le sue condotte preventivamente calcolando le conseguenze penali della stessa;*
 - 2) **Evitare che ci sia un'incriminazione ex post per mano del giudice**: il che può verificarsi quando le maglie descrittive delle fattispecie siano così ampie da lasciare spazio all'arbitrio del potere giudiziario, in sede applicativa.
- Chiarite le esigenze sottese al principio, la Corte afferma che **il legislatore ha bisogno di ricorrere all'utilizzo di elementi elastici** perché non è in grado di tipizzare a priori tutti gli elementi costitutivi del reato per una pluralità di ragioni.

5. Il disastro innominato

La Corte ha affrontato il problema della coerenza con il principio di precisione dell'art. 434 c.p., che disciplina il disastro innominato.

L'articolo si colloca dopo una serie di disastri tipici tipizzati (frana, inondazione, naufragio ecc.), prevedendo che integri reato anche il fatto che causa **un altro disastro, a condizione che determini pericolo per l'incolumità pubblica.**

La Corte evidenzia:

- da un lato che sicuramente **l'espressione "altro disastro" è intrinsecamente elastica;**
- dall'altro che il legislatore ha bisogno di ricorrere ad espressioni elastiche.

Il legislatore infatti con una **norma di chiusura** dei reati contro l'incolumità pubblica, ha voluto **evitare vuoti di tutela penale** a fronte di una **non tipizzabilità ex ante di tutte le ipotesi** di disastro nella realtà materiale determinabili.

Ma questa necessità di ricorso all'elemento elastico è ancora una volta compatibile con il

principio di precisione?

La Corte Costituzionale, nel condurre questa verifica, traccia le coordinate. Tre sono i passaggi fondamentali:

I) Enunciazione in negativo: occorre evitare di condurre questo riscontro di costituzionalità, di coerenza con il principio di precisione, soffermandosi sul solo vocabolo della norma incriminatrice che si connota per la sua elasticità.

Si sostiene cioè che se la verifica di costituzionalità si conducesse accertando che sia conforme al principio di precisione il termine “*senza giustificato motivo, disastro*” la verifica sarebbe sempre negativa, le norme quindi sarebbero sempre incostituzionali per contrasto con il principio di precisione.

Il problema non è verificare se il singolo elemento sia preciso o meno ma capire se la fattispecie incriminatrice, che contiene quell'elemento elastico, nella sua interezza considerata risponda o meno al principio di precisione.

II) Enunciazioni in positivo: occorre condurre la verifica di costituzionalità guardando

1. alla ratio sottesa alla incriminazione interamente considerata, e quindi del bene giuridico presidiato e della finalità perseguita dalla incriminazione;
2. al più ampio contesto normativo nel quale la stessa fattispecie incriminatrice si inserisce
3. quando, alla luce della finalità perseguita con incriminazione e alla luce della più ampio contesto normativa nel quale la norma incriminatrice è inclusa, è consentito al giudice sulla base di un'interpretazione controllabile, colmare quel deficit di precisione, che connota il singolo elemento, il problema di precisione non si pone.

Quando cioè le finalità dell'incriminazione e il più ampio contesto normativo forniscono al giudice elementi oggettivamente controllabili, idonei a superare la non precisione del singolo dato descrittivo, il principio di precisione non incontra alcun ostacolo.

Queste coordinate vengono applicate dalla Corte Costituzione:

1. Sent. n. 5/2004 con riferimento all'art. 14, comma 5 ter, del d.lgs. 286/98

È la sentenza sicuramente più importante perché individua per prima le coordinate ermeneutiche;

2. Sent. n. 327/2008 con riferimento all'art. 434 c.p. disastro innominato

È sicuramente la più attuale, sentenza che consente di accennare al disastro ambientale.

Secondo alcuni l'art. 434 c.p. presenta alcuni "deficit", poiché la norma:

- **Non tipizza la condotta**, ma utilizza solo un termine elastico "cagiona" (ma ci si chiede con quali modalità deve essere cagionato il disastro?);
- **Non tipizza l'evento**, perché prevede che il reato consiste nel fatto di chi cagiona altro disastro senza che siano indicate le connotazioni strutturali del disastro integrante l'evento consumativo del reato;
- **Non è puntuale la condizione**, che il legislatore richieda sussista perché appunto il reato possa venire in considerazione, e cioè che dal reato derivi un pericolo per l'incolumità pubblica.

Tuttavia l'analisi si è appuntata sulla coerenza con il principio di precisione dell'art. 434 c.p. nella parte in cui richiede quale evento consumativo del reato che la condotta abbia cagionato un altro disastro.

La Corte Costituzionale tuttavia ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità prospettatagli.

Il percorso ermeneutico della Corte si basava nel verificare la coerenza con il principio di precisione dell'altro disastro nel seguente ordine:

1. occorre non soffermare l'attenzione isolatamente sull'elemento altro disastro, perché se così di operasse senza dubbio si concluderebbe per l'incostituzionalità della norma;
2. occorre invece guardare all'intera fattispecie, avendo riguardo alle finalità dell'incriminazione ed al più ampio contesto normativo nel quale l'art. 434 c.p. si colloca. Questi elementi offrono al giudice dati oggettivamente controllabili utilizzando i quali è possibile colmare l'apparente imprecisione del singolo elemento.

Qual è la finalità dell'incriminazione? La finalità dell'incriminazione va individuata, tenendo conto che l'art. 434 c.p. si colloca tra i reati che presidiano il bene dell'incolumità pubblica, un bene che richiede per tanto una tutela rafforzata. Il legislatore, considerando il bene tutelato dell'incolumità pubblica, non ha voluto lasciare vuoti di tutela.

Qual è il contesto normativo? Il più ampio contesto normativo nel quale si inserisce l'art. 434 c.p. è dato da tutte le altre norme che precedono il 434 c.p. e che tipizzano gli altri disastri.

Questo più ampio contesto normativo è composto da **norme che incriminano disastri tra loro differenti**, ma che tuttavia **presentano una omogeneità strutturale**, che caratterizzano tutti i disastri tipici, ancorchè ciascuno abbia talune peculiarità autonome.

I dati comuni, l'omogeneità strutturale dei disastri tipici, sono due:

1. **Profilo dimensionale:** la Corte sostiene, osservando il più ampio contesto normativo, che gli art. 431 ss c.p. tipizzano disastri diversi ma questi sono accumulati da un medesimo profilo dimensionale, consistente nella circostanza che si tratta di fatti distruttivi di proporzioni straordinarie, non necessariamente immani ma quasi sempre immani, atti a produrre effetti dannosi, gravi ed estesi. Straordinarietà con riferimento al profilo dimensionale del disastro.
2. **Piano della proiezione offensiva:** si tratta inoltre di fatti idonei a mettere in pericolo la vita e l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone.

La Corte, quindi, concluse sulla base di questo percorso interpretativo oggettivamente controllabile che il giudice può e deve colmare quella apparante imprecisione dell'art. 434 c.p., perché se è vero che il legislatore ivi non definisce il disastro è anche vero che un disastro non può non consistere in un fatto, diverso dai disastri tipici, ma che rispetto ad essi presenta gli stessi connotati strutturali, sotto il profilo dimensionale e sul piano della proiezione offensiva.

6. Disastro ambientale

In quegli anni tuttavia era già al vaglio della giurisprudenza la questione relativa perseguibilità penale dei fatti di **disastro ambientale** ed era già intervenuta la Corte Cost. con la sentenza Porto Marghera del 2006.

La Corte Costituzione (sent. "Porto Marghera" 4675/2006), non essendoci nell'ordinamento la tipizzazione del reato di disastro ambientale, ha sostenuto che il disastro ambientale dovesse ricondursi nell'art. 434 c.p., aggiungendo che per **disastro ambientale** si intende la *contaminazione dei suoli, delle acque o dell'aria con sostanze pericolose per l'incolumità pubblica, anche, non con un'unica e straordinaria condotta, ma con più condotte reiterate, progressive e diluite nel tempo.*

In molti casi di disastro ambientali, portati al vaglio dei giudici, le contaminazioni non erano l'effetto di un'unica condotta di carattere straordinario ma di condotte quotidiane diluite nel tempo reiterate (Es. diffusione delle polveri di amianto in giorni o anni).

Ampia parte della dottrina ha tuttavia criticato l'impostazione de quo, sostenendone l'incoerenza con i principi affermati nella sent. n. 347/2008 sempre dalla Corte Cost.

La dottrina ha osservato che ciò che salva dalla incoerenza con i principio di precisione l'art. 434 c.p. è la possibilità di colmare il suo deficit attingendo alla omogeneità strutturale degli altri disastri tipici (profilo dimensionale e piano della proiezione offensiva).

Viceversa la riconduzione del disastro ambientale nell'art. 434 c.p. rischia di ampliare la portata applicativa della norma oltre i limiti tracciati dalla Corte Costituzionale 372/2008, in quanto il disastro ambientale, almeno nell'elaborazione giurisprudenziale, si ha anche quando la contaminazione è il risultato, non di un unico fatto straordinario, ma anche di condotte reiterate e persistenti nel tempo.

7. Corte Cassazione 7941/2014 e 32170/2014 (caso Eternit e amianto)

Proprio per ovviare a queste critiche dottrinarie si è sviluppata una propensione a tipizzare il disastro ambientale.

Oggi il disastro ambientale non è più da ricondurre all'art. 434 c.p. ma è tipizzato dall'**art. 452 quater c.p.**, come inserito dalla legge sugli illeciti ambientali, che introduce la fattispecie al di fuori dei reati contro l'incolumità pubblica ma in un apposito titolo dei reati contro l'ambiente.

L'art. 452 quater c.p. richiede **tre ipotesi alternative** perché il disastro ambientale possa dirsi integrato:

1. Alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema;
2. Quando l'alterazione dell'ecosistema non è irreversibile ma la sua riparazione ed eliminazione è particolarmente onerosa e realizzabile con provvedimenti eccezionali;
3. Offesa alla pubblica incolumità in ragione della rilevanza del fatto per l'estensione della compromissione dell'ecosistema o l'estensione dei suoi effetti o per il numero di persone danneggiate.

Ciò che è stato osservato è che la norma, nel pretendere alternativamente queste ipotesi, ha rotto il legame con il passato, quando il disastro ambientale ricondotto nell'art. 434 c.p. richiedeva l'offesa, sub specie di danno o di esposizione al pericolo, dell'incolumità pubblica.

Oggi invece l'offesa all'incolumità pubblica è una delle ipotesi alternativamente descritte di integrazione del disastro ambientale, potendo lo stesso essere integrato anche in ipotesi di alterazione dell'ecosistema non irreversibile ma rimediabile con grandi costi senza che alla stessa alterazione si accompagni l'offesa all'incolumità pubblica.

Ciò deriverebbe dal fatto che l'**art. 452 quater c.p. si colloca** (al di fuori dei reati contro l'incolumità pubblica) **tra i reati contro l'ambiente** tra i reati, incriminando i quali, si intende presidiare il bene dell'equilibrio dell'ecosistema, dell'ambiente.

Note e riferimenti bibliografici

- BRICOLA, La discrezionalità nel diritto penale, Milano, 1965.
- BRICOLA, Legalità e crisi: l'art. 25, 2 e 3 co., della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70, in Quest. cost., 1980.
- BRICOLA, Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni.
- CATENACCI, La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria, Padova, 2006.
- CUPELLI, La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale, in Critica dir., 2004.
- DE FRANCESCO, Diritto penale, i fondamenti, Torino, 2008
- FERRARI, Funzioni del diritto, Roma, 1995
- FIANDACA – MUSCO, Diritto penale, parte generale, Bologna, 2008.
- FIANDACA (a cura di) Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale, Padova, 1997.
- FIANDACA-DI CHIARA, Un'introduzione al sistema penale, Napoli, 2003
- GALLO, Appunti di diritto penale, Torino, 1965.
- GALLO, La legge penale, Torino, 1967.
- MODUGNO, voce Fonti del diritto, in Enc. Giur., Torino, 1989, vol. XII.
- MODUGNO, voce Norma, in Enc. dir., Milano, 1978, vol. XXVIII.
- MONACO, voce Fonti del diritto. Diritto internazionale, in Enc. giur., Roma, vol. XIV, 1989
- PALAZZO, Legalità e determinatezza della fattispecie penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris, in Diritto penale e giurisprudenza costituzionale, a cura di Vassalli, Napoli, 2006.
- PALAZZO, Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris, in Dir. pen. e sist. cost., 2005, p. 55.