



Caratteri dell'overruling e giurisprudenza di merito

Cass. civ., sez. un, 12 febbraio 2019, n. 4135 - Pres. Mammone, Rel. Lamorgese

Il rimedio dell'overruling è riconoscibile solo in presenza di stabili approdi interpretativi del giudice di legittimità, eventualmente a Sezioni Unite, se connotati dai "caratteri della costanza e ripetizione", mentre non può essere invocato sulla base di alcune pronunce della giurisprudenza di merito, le quali non sono idonee ad integrare un "diritto vivente".

[Nel caso le Sezioni Unite hanno supportato il principio di diritto di cui in massima richiamando il precedente della Corte costituzionale (Corte cost. n. 78 del 2012) per cui qualora l'applicazione della norma ivi censurata si estendesse anche ai giudizi in corso, resterebbe violato il principio del legittimo affidamento delle parti, in relazione all'applicazione di un orientamento consolidato (ivi in tema di prescrizione), essendo stato operato, per via legislativa, un vero e proprio overruling.].

[Clicca qui per la sentenza completa](#)

Non sovrapponibilità tra danno morale e danno esistenziale: decalogo della Cassazione sui danni non patrimoniali

Cassazione civile, sez. III, sentenza n. 2788 del 31 gennaio 2019 n° 2788 - Pres. Travaglini, Rel. Porreca

- *La natura unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Corte cost. n. 233 del 2003; Cass., Sez. U., 11/11/2008, n. 26972) dev'essere interpretata, parte qua, sul piano delle categorie giuridiche (anche se non sotto quello fenomenologico) rispettivamente nel senso: a) di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione economica; b) di onnicomprensività intesa come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative "in peius" della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, a seguito di compiuta istruttoria, a un accertamento concreto e non astratto del danno, a tal fine dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.*
- *Costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico - inteso, secondo la stessa definizione legislativa, come danno che esplica incidenza sulla vita quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamico relazionali - e del danno cd. esistenziale, appartenendo tali "categorie" o "voci" di danno alla stessa area protetta dalla norma costituzionale (art. 32 Cost.), mentre una differente ed autonoma valutazione andrà compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute*

(come oggi normativamente confermato dalla nuova formulazione dell'art. 138 del c.d.a.

[La Sezione ribadisce altresì il principio di diritto per cui – premesso che sul piano del diritto positivo, l'ordinamento riconosce e disciplina (soltanto) le fattispecie del danno patrimoniale (nelle due forme del danno emergente e del lucro cessante: art. 1223 c.c.) e del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.; art. 185 c.p.) – la natura unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Corte cost. n. 233 del 2003; Cass., Sez. U., 11/11/2008, n. 26972) dev'essere interpretata, parte qua, sul piano delle categorie giuridiche (anche se non sotto quello fenomenologico) rispettivamente nel senso: a) di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione economica; b) di onnicomprensività intesa come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative “in peius” della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, a seguito di compiuta istruttoria, a un accertamento concreto e non astratto del danno, a tal fine dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni. Nel procedere all'accertamento e alla quantificazione del danno risarcibile, il giudice di merito deve dunque tenere conto, da una parte, dell'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost. n. 235 del 2014, punto 10.1 e ss.) e, dall'altra, del recente intervento del legislatore sugli artt. 138 e 139 c.d.a. come modificati dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 17, la cui nuova rubrica (“danno non patrimoniale”, sostituiva della precedente, “danno biologico”), e il cui contenuto consentono di distinguere definitivamente il danno dinamico-relazionale da quello morale. Ne deriva che il giudice deve congiuntamente, ma distintamente, valutare la compiuta fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l'aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale) quanto quello dinamico-relazionale (destinato a incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto)].

Svolgimento del processo

C.M. e D.F.M. convenivano in giudizio l'Azienda policlinico (OMISSIS) di Roma chiedendo il risarcimento dei danni patrimoniali e non, subiti dall'attrice per l'esecuzione colposamente inidonea di un intervento chirurgico effettuato per il trattamento di un'ernia discale, seguito da una seconda operazione solo parzialmente riparatrice, con conseguente necessità, in chiave terapeutica, di significative cure fisioterapiche e farmacologiche.

Il tribunale, per quanto qui ancora rileva, accoglieva la domanda condannando, altresì, Ina Assitalia s.p.a., chiamata in garanzia dall'azienda ospedaliera, a tenere indenne la stessa nella misura della liquidazione risarcitoria accordata.

La corte di appello riformava parzialmente la pronuncia di primo grado, riducendo, in particolare, la liquidazione del danno in favore dell'attrice, in conseguenza di un'invalidità permanente ritenuta sussistente in misura minore; escludeva il danno da lesione del rapporto parentale in favore del coniuge, stante l'assenza di macrolesioni che potessero legittimare il ricorso a presunzioni; accoglieva e liquidava altresì il danno la lesione del diritto al consenso informato, quale situazione giuridica soggettiva distintamente tutelata.

Avverso questa decisione ricorrono per cassazione C.M. e D.F.M. formulando sei motivi.

Resistono con controricorso l'Azienda policlinico (OMISSIS), Generali Italia s.p.a., già Ina Assitalia s.p.a., e E.V., medico che aveva eseguito sia il primo che il secondo intervento, originariamente chiamato in causa dalla società assicuratrice unitamente ad altri due medici, L.J., quale partecipante al primo intervento, e Ca.Gi., coesecutore del secondo intervento.

Non hanno svolto difese L.J. e Ca.Gi..Generali Italia s.p.a. ha depositato memoria.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2059 c.c., in uno all'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, poichè la corte di appello avrebbe errato nell'omettere di considerare che l'indagine medico legale del perito d'ufficio aveva accertato la lesione morfologica ma non aveva apprezzato le specifiche e dettagliate conseguenze funzionali e quindi relazionali della stessa, di cui pertanto era mancata la liquidazione ai fini dell'unitaria ma compiuta riparazione del danno non patrimoniale arrecato, il tutto, in particolare, non apprezzando il più che probabile aggravamento futuro dei postumi e, inoltre,

contraddicendosi, perchè dapprima indicando lacune della stessa consulenza nella complessiva quantificazione della percentuale d'invalidità permanente (20% invece del 27% derivante dalla somma di quelle quantificate per i singoli profili biologici sezionati) e nell'omessa inclusione del danno estetico (per un necessario incremento al 30% finale), e poi concludendo per l'erroneità della sentenza con cui il tribunale aveva, invece, colmato le lacune medesime, accordando più congruamente, anche se non abbastanza, un percentuale di danno permanente del 40%.

Con il secondo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2059 c.c., in uno all'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, perchè la corte di appello avrebbe errato contraddicendosi nel riconoscere, a C.M., per un verso, un danno relazionale, neppure idoneamente liquidato, alla vita di relazione in specie sessuale, per converso negandolo, poi, al marito cui avrebbe potuto e dovuto riconoscersi per via presuntiva, anche in riferimento alla sofferenza normalmente implicata dal legame affettivo.

Con il terzo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2059 c.c., in uno all'omesso esame di un fatto decisivo e discusso, poichè la corte di appello avrebbe errato nel mancare di considerare la componente morale del danno non patrimoniale, illegittimamente ritenuta assorbita dalla liquidazione personalizzata del danno biologico e neppure valutata apprezzando la gravità della condotta colposa lesiva.

Con il quarto motivo si prospetta la violazione di legge che la corte di appello avrebbe commesso, come già aveva fatto il tribunale, applicando, per la liquidazione del danno alla persona, le c.d. tabelle romane invece che quelle milanesi.

Con il quinto motivo si prospetta l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso in cui sarebbe incorsa la corte di appello non apprezzando nella sua compiutezza la lesione derivante dalla violazione del consenso informato, pur affermata a differenza di quanto accaduto in primo grado, concludendo per una liquidazione equitativa inadeguatamente limitata a 10.000 Euro senza considerare, in particolare, che l'attrice non avrebbe assentito all'intervento stesso se avesse avuto contezza di ogni aspetto fattuale e soprattutto della possibilità di evitare l'operazione, tentando la fisioterapia conservativa, in specie alla luce delle risultanze dell'esame elettroencefalografico che le furono evidentemente celate, fermo che, quanto meno, conoscendo adeguatamente i rischi, si sarebbe meglio preparata alla successiva sofferenza derivante dall'intervenuta invalidità.

Con il sesto motivo si prospetta l'omesso esame di un fatto decisivo e discusso e l'illegittima negazione del rinnovo della consulenza tecnica d'ufficio, poichè la corte di appello avrebbe illogicamente mancato di valutare che le conseguenze della colposa condotta medica erano da verificare, come non era stato fatto, anche con riferimento alla sintomatologia dolorosa dovuta agli spasmi muscolari da compressione midollare e alla limitazione della motilità delle spalle oltre che degli arti e non solo del collo o della colonna vertebrale.

2. Il primo e terzo motivo vanno esaminati congiuntamente per connessione, è sono fondati.

2.1. Deve premettersi che nel ricorso per cassazione, il motivo di impugnazione che prospetti una pluralità di questioni precedute dall'elencazione delle norme che si assumono violate e dalla deduzione del vizio di motivazione, è inammissibile, richiedendo un inesigibile intervento integrativo della Corte che, per giungere alla compiuta formulazione del motivo, dovrebbe individuare per ciascuna delle doglianze lo specifico vizio di violazione di legge o di difetto motivazionale (Cass., 20/09/2013, n. 21611).

La suddetta inammissibilità può dirsi sussistente, logicamente, a patto che la descritta mescolanza di motivi sia inestricabile (cfr. anche Cass., 17/03/2017, n. 7009). Infatti, deve al contempo farsi applicazione del principio per cui la circostanza che un singolo motivo sia articolato in più profili di doglianza, ciascuno dei quali avrebbe potuto essere prospettato come un autonomo motivo, non costituisce, di per sè, ragione d'inammissibilità dell'impugnazione, dovendosi ritenere sufficiente, ai fini dell'ammissibilità del ricorso, che la sua formulazione permetta di cogliere con chiarezza le deduzioni prospettate in modo da consentirne, se necessario, l'esame separato esattamente negli stessi termini in cui lo si sarebbe potuto fare se esse fossero state articolate in motivi distinti (Cass., Sez. U., 06/05/2015, n. 9100).

L'esame del motivo ora in scrutinio così come degli altri in cui la questione si ripropone - richiamando in modo cumulativo disposizioni correlate a violazioni di legge e il vizio di cui all'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ. - avverrà nei suddetti limiti, al di fuori dei quali residua dunque l'inammissibilità delle censure.

2.2. Sul piano del diritto positivo, l'ordinamento riconosce e disciplina (soltanto) le fattispecie del danno patrimoniale (nelle due forme del danno emergente e del lucro cessante: art. 1223 c.c.) e del danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.; art. 185 c.p.).

La natura unitaria e onnicomprensiva del danno non patrimoniale,

secondo l'insegnamento della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite della Suprema Corte (Corte cost. n. 233 del 2003; Cass., Sez. U., 11/11/2008, n. 26972) dev'essere interpretata, parte qua, sul piano delle categorie giuridiche (anche se non sotto quello fenomenologico) rispettivamente nel senso:

a) di unitarietà rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione economica;

b) di onnicomprensività intesa come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, di tutte le conseguenze (modificative "in peius" della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, a seguito di compiuta istruttoria, a un accertamento concreto e non astratto del danno, a tal fine dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.

Nel procedere all'accertamento e alla quantificazione del danno risarcibile, il giudice di merito deve dunque tenere conto, da una parte, dell'insegnamento della Corte costituzionale (Corte cost. n. 235 del 2014, punto 10.1 e ss.) e, dall'altra, del recente intervento del legislatore sugli artt. 138 e 139 c.d.a. come modificati dalla L. 4 agosto 2017, n. 124, art. 1, comma 17, la cui nuova rubrica ("danno non patrimoniale", sostitutiva della precedente, "danno biologico"), e il cui contenuto consentono di distinguere definitivamente il danno dinamico-relazionale da quello morale.

Ne deriva che il giudice deve congiuntamente, ma distintamente, valutare la compiuta fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l'aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale) quanto quello dinamico-relazione (destinato a incidere in senso peggiorativo su tutte le relazioni di vita esterne del soggetto).

2.3. La regola di giudizio dianzi esposta si pone in una linea di evidente continuità con i principi diacronicamente (ma costantemente) affermati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia Europea, oltre che da questa stessa Corte regolatrice (principi rispetto ai quali le sole sentenze del 2008 delle sezioni unite di questa Corte sembrarono segnare, parte qua, un momento di apparente discontinuità).

a) Corte cost. n. 184 del 1986: "Va ribadito che il danno biologico è nettamente

distinto (ed assume un ruolo autonomo) sia in relazione al lucro cessante da invalidità temporanea o permanente, sia nei confronti del danno morale in senso stretto”; “Il danno biologico è sempre presente nell’avvenuta menomazione psico-fisica, ed è sempre risarcito, a differenza delle due voci (eventuali) del lucro cessante e del danno morale”; “Anche se il danno biologico risulta nettamente distinto dal danno morale subbiettivo, ben può applicarsi l’art. 2059 c.c., ove dal primo (lesione della salute) derivi, come conseguenza ulteriore rispetto all’evento della menomazione delle condizioni psico-fisiche del soggetto leso, un danno morale subbiettivo”; “Il danno biologico è un tipo di danno-evento, mentre il danno morale subbiettivo è un genere di danno-conseguenza. Diversamente dalle conseguenze morali subbiettive o patrimoniali, che possono anche mancare in tutto o in parte, il danno biologico, in quanto evento interno al fatto lesivo, deve necessariamente esistere ed essere provato”;

b) Corte cost. n. 372 del 1994: “Il danno alla salute patito dal familiare della persona uccisa è il momento terminale di un processo patogeno originato dal medesimo turbamento dell’equilibrio psichico che sostanzia il danno morale soggettivo, che, in persona particolarmente predisposte, anzichè esaurirsi in un patema d’animo o in uno stato d’angoscia transeunte, può degenerare in un trauma fisico o psichico permanente”; “Il risarcimento dei danni non patrimoniali deve essere razionalmente commisurato non semplicemente al pretium doloris in senso stretto, ma alle conseguenze del trauma in termini di perdita delle qualità personali”;

c) Corte cost. n. 293 del 1996: “L’inclusione del danno alla salute nella categoria considerata dall’art. 2059 c.c., non significa identificazione con il danno morale soggettivo, ma soltanto riconducibilità delle due figure, quali specie diverse, al genere del danno non patrimoniale”;

d) Corte cost. n. 233 del 2003 (punto 3.4.): “Occorre da ultimo considerare che l’indirizzo interpretativo assunto dal rimettente come diritto vivente risulta disatteso, successivamente all’ordinanza di rimessione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità Giova al riguardo premettere - pur trattandosi di un profilo solo indirettamente collegato alla questione in esame - che può dirsi ormai superata la tradizionale affermazione secondo la quale il danno non patrimoniale riguardato dall’art. 2059 c.c., si identificherebbe con il cosiddetto danno morale soggettivo. In due recentissime pronunce (Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828) viene, infatti, prospettata un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 2059 c.c., tesa a ricomprendere nell’astratta previsione della norma ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla

persona: e dunque sia il danno morale soggettivo, inteso come transeunte turbamento dello stato d'animo della vittima; sia il danno biologico in senso stretto, inteso come lesione dell'interesse, costituzionalmente garantito, all'integrità psichica e fisica della persona, conseguente ad un accertamento medico (art. 32 Cost.); sia infine il danno (spesso definito in dottrina ed in giurisprudenza come esistenziale) derivante dalla lesione di (altri) interessi di rango costituzionale inerenti alla persona”;

e) Corte cost. n. 235 del 2014 (punto 10.1.) “E' pur vero che l'art. 139 cod. ass. fa testualmente riferimento al danno biologico, e non fa menzione del danno morale. Ma la norma denunciata non è chiusa, come paventano i rimettenti, alla risarcibilità anche del danno morale: ricorrendone i presupposti del quale, il giudice può avvalersi della possibilità di incremento dell'ammontare del danno biologico, secondo la previsione, e nei limiti, di cui alla disposizione del comma 3 (aumento del 20%). L'introdotta meccanismo standard di quantificazione del danno attiene al solo, specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità, e lascia comunque spazio al giudice per personalizzare l'importo risarcitorio, eventualmente maggiorandolo fino ad un quinto, in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato”;

f) Corte giust., 23/01/2014, C-371/2012: “Rientra nella nozione di danno alla persona ogni danno arrecato alla sua integrità che include le sofferenze sia fisiche che psicologiche. Di conseguenza, tra i danni che devono essere risarciti conformemente alla prima e alla seconda direttiva figurano i danni morali. Il diritto nazionale italiano prevede, da un lato, all'art. 2059 c.c., il fondamento del diritto al risarcimento dei danni morali derivanti dai sinistri stradali, dall'altro, all'art. 139 cod. ass., le modalità di determinazione della portata del diritto al risarcimento per quanto riguarda il danno biologico per lesioni di lieve entità cagionate da siffatti sinistri. L'art. 139 cod. ass. non si pone, pertanto, in contrasto con la normativa comunitaria, poichè la liquidazione del danno morale, se e in quanto dimostrato, non è impedita dalla norma denunciata, ma semmai, come confermato dal Governo italiano in udienza dinanzi alla Corte, limitata entro la misura stabilita dalla norma stessa”;

g) Cass. n. 8827 del 2003 (p. 38): “Si risarciscono così danni diversi da quello biologico e da quello morale soggettivo, pur se anch'essi, come gli altri, di natura non patrimoniale”, il che “non impedisce che la valutazione equitativa di tutti i danni non patrimoniali possa anche essere unica, senza una distinzione - bensì opportuna, ma non sempre indispensabile - tra quanto va riconosciuto a titolo di

danno morale soggettivo, quanto a titolo di risarcimento del danno biologico in senso stretto, se una lesione dell'integrità psico-fisica sia riscontrata, e quanto a titolo di ristoro dei pregiudizi ulteriori e diversi dalla mera sofferenza psichica", e ciò perchè "il danno biologico non è configurabile se manchi una lesione dell'integrità psico-fisica secondo i canoni fissati dalla scienza medica: in tal senso si è orientato il legislatore con il D.Lgs. 23 febbraio 2000, art. 13, e L. n. 57 del 2001, artt. 5 e 38, prevedendo che il danno biologico debba essere suscettibile di accertamento o valutazione medico-legale";

h) Cass., Sez. U., n. 6276 del 2006: "Invero, stante la forte valenza esistenziale del rapporto di lavoro, per cui allo scambio di prestazioni si aggiunge il diretto coinvolgimento del lavoratore come persona, per danno esistenziale si intende ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare reddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e la realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Peraltro, il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed ulteriore (propria del danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso. Il danno esistenziale, essendo legato indissolubilmente alla persona, e quindi non essendo passibile di determinazioni secondo il sistema tabellare - al quale si fa ricorso per determinare il danno biologico - necessita di precise indicazioni comprovanti l'alterazione delle abitudini di vita del danneggiato in conseguenza di ciò che concretamente ha inciso in senso negativo nella sfera del lavoratore alterandone l'equilibrio".

Va, in particolare, osservato, quanto all'interpretazione del dictum del giudice delle leggi di cui a Corte cost. n. 235 del 2014, che una piana lettura del punto 10.1. della sentenza non consente (diversamente da quanto sostenuto recentemente da autorevole dottrina, che discorre, in proposito, "di lettura antiletterale") soluzione diversa da quella che predichi l'ontologica differenza tra danno morale e danno biologico (i.e., il danno dinamico-relazionale).

Una diversa lettura della decisione, che ne ipotizzi l'assorbimento del danno morale in quello biologico difatti, ometterebbe del tutto di considerare che la premessa secondo cui "la norma denunciata di incostituzionalità non è chiusa al risarcimento anche del danno morale" evidenzia con cristallina chiarezza la differenza tra qualificazione della fattispecie e liquidazione del danno.

Se, sul piano strutturale, la qualificazione della fattispecie “danno non patrimoniale”, in assoluta consonanza con i suoi stessi precedenti, viene espressamente ricondotta dal giudice delle leggi, giusta il consapevole uso dell’avverbio “anche”, alla duplice, diversa dimensione del danno morale e del danno alla salute, sul piano funzionale la liquidazione del danno conseguente alla lesione viene poi circoscritta (si badi, per il “solo, specifico e limitato caso delle micro permanenti conseguenti alla circolazione stradale”) entro i limiti di un generalizzato aumento del 20% rispetto ai valori tabellari.

Ogni incertezza sul tema del danno alla persona risulta, comunque, si ripete, definitivamente fugata ad opera dello stesso legislatore, con la riforma degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni.

L’art. 138 (la cui rubrica è stata correttamente e coerentemente trasformata da quella di danno biologico in quella, onnicomprensiva, di danno non patrimoniale), al comma 2, lett. e), recita testualmente: “al fine di considerare la componente del danno morale da lesione dell’integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico è incrementata in via percentuale e progressiva per punto, individuando la percentuale di aumento di tali valori per la personalizzazione progressiva della liquidazione”.

Si legge, ancora, al comma 3 della norma citata: “quando la menomazione accertata incida in maniera rilevante su specifici aspetti dinamico-relazionali personali documentati ed oggettivamente accertati, l’ammontare del risarcimento, calcolato secondo quanto previsto dalla tabella unica nazionale, può essere aumentato dal giudice, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato, fino al 30%”.

Il sopravvenuto intervento chiarificatore, da parte del legislatore, della fenomenologia del danno alla persona induce a escludere una rimessione della questione alle Sezioni Unite di questa Corte, posta, cioè, l’esistenza di una chiara volontà normativa affermativa della distinzione strutturale tra danno morale e danno dinamico relazionale (non diversamente da quanto accaduto in campo sanitario, con la modificazione legislativa della responsabilità del medico da contrattuale in aquiliana, nonostante la contrastante ricostruzione in termini di contatto sociale da parte delle stesse Sezioni Unite di questa Corte), sia pur in apparente contrasto con alcune affermazioni contenute nelle citate sentenze delle sezioni unite del 2008.

A tali, necessarie premesse storico-metodologiche consegue, con riguardo alla fattispecie concreta sottoposta all’esame del collegio, che, in particolare nella valutazione del danno alla persona da lesione della salute (art. 32 Cost.), ma non

diversamente da quanto avviene in quella di tutti gli altri danni alla persona conseguenti alla lesione di un valore o interesse costituzionalmente protetto, il giudice dovrà necessariamente valutare tanto le conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale (che si collocano nella dimensione del rapporto del soggetto con sè stesso), quanto quelle incidenti sul piano dinamico-relazionale della sua vita (che si dipanano nell'ambito della relazione del soggetto con la realtà esterna, con tutto ciò che, in altri termini, costituisce "altro da sè"). La misura standard del risarcimento prevista dalla legge o dal criterio equitativo uniforme adottato dagli organi giudiziari di merito (oggi secondo il sistema c.d. del punto variabile) può inoltre essere aumentata, nella sua componente dinamico-relazionale, in presenza di conseguenze dannose del tutto anomale, eccezionali e affatto peculiari: le conseguenze dannose da ritenersi normali e indefettibili secondo *rid quod plerumque accidit*" (ossia quelle che qualunque persona con la medesima invalidità ovvero lesione non potrebbe non subire) non giustificano alcuna personalizzazione in aumento del risarcimento.

In questo senso, va ribadito che ai fini della c.d. "personalizzazione" del danno forfettariamente individuato (in termini monetari) attraverso i meccanismi tabellari cui la sentenza abbia fatto riferimento (e che devono ritenersi destinati alla riparazione delle conseguenze "ordinarie" inerenti ai pregiudizi che qualunque vittima di lesioni analoghe normalmente patirebbe), spetta al OMISSIS far emergere e valorizzare, dandone espressamente conto in motivazione in coerenza alle risultanze argomentative e probatorie obiettivamente emerse all'esito del dibattito processuale, specifiche circostanze di fatto, peculiari al caso sottoposto ad esame, che valgano a superare le conseguenze "ordinarie" già previste e compensate dalla liquidazione forfettizzata assicurata dalle previsioni tabellari; da queste ultime distinguendosi siccome legate all'irripetibile singolarità dell'esperienza di vita individuale nella specie considerata, meritevoli in quanto tali di tradursi in una differente (più ricca e, dunque, individualizzata) considerazione in termini monetari, rispetto a quanto suole compiersi in assenza di dette peculiarità (Cass., 21/09/2017, n. 21939).

In tale quadro ricostruttivo, costituisce quindi duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico - inteso, secondo la stessa definizione legislativa, come danno che esplica incidenza sulla vita

quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamico relazionali - e del danno cd. esistenziale, appartenendo tali "categorie" o "voci" di danno alla stessa area protetta dalla norma costituzionale (art. 32 Cost.), mentre una differente ed autonoma valutazione andrà compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute (come oggi normativamente confermato dalla nuova formulazione dell'art. 138 del c.d.a., alla lettera e).

La liquidazione finalisticamente unitaria di tale danno (non diversamente da quella prevista per il pregiudizio patrimoniale, nella sua duplice e distinta accezione di danno emergente e di lucro cessante) avrà pertanto il significato di attribuire al soggetto una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore, quanto sotto quello dell'alterazione o modificazione peggiorativa della vita di relazione in ogni sua forma e considerata in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche (Cass., 20/04/2016, n. 7766, Cass., 17/01/2018, n. 901, Cass., 27/03/2018, n. 7513).

2.4. Facendo applicazione di tali principi alla fattispecie va rilevato quanto segue:
a) da una parte, sul piano logico, non vi è una (insanabile) contraddizione tra l'aver ritenuto sussistenti, come già il tribunale, alcune lacune della consulenza medica officiosa in punto di quantificazione dell'invalidità, senza al contempo giungere agli incrementi domandati dalla parte deducente, fermo quanto si sta per dire sub b) e c);

b) d'altra parte, però, la prima censura coglie nel segno nella parte in cui si sostanzia in una critica all'omessa personalizzazione del danno, risultando fondata, nello specifico, poichè la corte territoriale non ha apprezzato l'eccezionalità delle conseguenze relazionali del danno biologico subito, che, nel particolare caso, come pacificamente accertato dalla consulenza officiosa riportata in ricorso (pag. 41), ha comportato la preclusione di "tutte quelle attività, lavorative e non, che impongono continue sollecitazioni meccaniche della colonna cervicale": si tratta di conseguenze correlate a un'irripetibile "eccezionalità" del profilo dinamico relazionale, prive, come tali, di un puntuale apprezzamento. Dal che la fondatezza del motivo;

c) la sentenza andrà poi cassata anche quanto all'erronea sovrapposizione tra "personalizzazione" della liquidazione del pregiudizio non patrimoniale e danno "morale" (pag. 8, terz'ultimo capoverso, della pronuncia d'appello), che dovrà

essere autonomamente apprezzato e liquidato per le ragioni sopra esplicitate. Dal che la fondatezza del terzo motivo. Con l'ulteriore precisazione che, come anticipato, la "personalizzazione" della liquidazione non concerne, come affermato dalla corte di appello, le oscillazioni tabellari che definiscono il "range" astrattamente individuato per monetizzare le "ordinarie" conseguenze del punto d'invalidità accertato (consegnato in modo da lasciare così al giudicante un margine per il concreto apprezzamento equitativo delle appena menzionate ricadute pregiudizievoli). La "personalizzazione" in parola, si ripete, riguarda le eccezionali conseguenze dannose che, rispetto a quelle (da ritenere) incluse nello "standard" statistico sintetizzato dal punto d'invalidità, permettano e anzi, quando del caso, impongano un incremento rispetto a quel "range".

Il giudice del rinvio procederà dunque, nei suddetti sensi, a un nuovo e compiuto apprezzamento e, quindi, a una nuova e compiuta liquidazione del danno alla persona.

2.5. Il secondo motivo è anch'esso fondato.

Con la censura, al di là della sua formale rubricazione, si deduce l'errore di giudizio in cui si è tradotta un'erronea sussunzione della fattispecie nel regime legale delle presunzioni, rilevanti al fine della liquidazione del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale.

L corte territoriale ha escluso conseguenze, al riguardo, "non essendo riscontabili nella specie macrolesioni o danni fortemente invalidanti".

Quest'affermazione, a fronte di accertate lesioni di non lieve entità (fino al 10%, ex art. 139 c.d.a.) bensì quantificante al 30%, si risolve in un'apodittica negazione di quanto ragionevolmente è riferibile alla normalità di rapporti di convivenza coniugale non revocata in dubbio nelle fasi di merito, in termini di sofferenza morale implicata dalla relazione di vita, sebbene non in termini autonomamente biologici nel senso sopra ricostruito (cfr Cass., 11/07/2017, n. 17058, punto 3). Laddove la locuzione "ragionevolmente riferibile" sta a significare il minimo comun denominatore delle conoscenze e degli apprezzamenti che, in un dato momento storico, vengono riferiti a quella "relazione di vita".

Va al contempo precisato, con riferimento a quanto dedotto in ricorso (in specie a pag. 68) che ciò che dev'essere apprezzato consiste nella gravità delle ricadute - in questo senso del fatto pregiudizievole (Cass. 13/02/2013, n. 3582) - e non della gravità delle condotte colposamente causali del loro autore, atteso che la responsabilità civile, al di là delle sue ricadute funzionali e di espresse eccezioni legislative, ha una generale struttura risarcitoria e non punitiva.

2.6. Il quarto motivo è inammissibile poichè non si censura idoneamente la

affermazione della corte di appello secondo cui sul punto dell'applicazione delle c.d. tabelle romane, in luogo di quelle milanesi, si era formato, per mancata impugnazione, il giudicato interno (pag. 8 della sentenza, di cui il ricorso dà atto a pag. 73). La statuizione non è superabile, come preteso, in ragione di un suo assunto formalismo. Una volta non contestata, cioè, la formazione del giudicato interno, la "ratio decidendi" in parola risulta ostativa, al di là della pur rilevabile mancanza di dimostrazione della produzione, nelle fasi di merito, delle c.d. tabelle milanesi (che avrebbe, in ogni caso, costituito altra ragione d'inammissibilità: Cass., 13/11/2014, n. 24205, Cass., 16/06/2016, n. 12397).

2.7. Il quinto motivo è in parte inammissibile, in parte infondato.

La corte territoriale ha accertato e liquidato il danno da lesione del consenso informato, e la specifica deduzione per cui tale liquidazione dovrebbe essere ritenuta insufficiente perchè non avrebbe considerato che la paziente avrebbe rifiutato l'intervento chirurgico ove compiutamente informata (in specie dell'esame elettroencefalografico), s'infrange con la mancata specificazione di aver allegato e provato tale circostanza (ossia la scelta di non operarsi), anche presuntivamente, nelle sedi di merito (Cass., 19/07/2018, n. 19199).

Per il profilo, invece, inerente alla lesione dell'autodeterminazione e alla preparazione all'impatto delle conseguenze, la censura, per come formulata, si risolve in una richiesta di nuovo apprezzamento, in termini equitativi, delle risultanze istruttorie, inammissibile nel giudizio di legittimità.

2.8. Il sesto motivo è inammissibile.

Il giudice di merito non è tenuto, anche a fronte di una esplicita richiesta di parte, a disporre una nuova consulenza tecnica, atteso che il rinnovo dell'indagine tecnica rientra tra i poteri discrezionali del giudice di merito, sicchè non è neppure necessaria un'espressa pronuncia sul punto (Cass., 29/09/2017, n. 22799).

Ciò posto, la censura formulata si traduce nella richiesta di un nuovo apprezzamento istruttorio in questa sede inammissibile.

3. Spese al giudice del rinvio.

Principi in tema di buona fede in materia di contratti e di obblighi del promissario acquirente nel preliminare di compravendita di un immobile privo dei certificati di abitabilità o di agibilità e di conformità alla concessione edilizia

Cass. civ., sez. III, Ordinanza n. 622 del 14 gennaio 2019 - Pres. D'Ascola, Rel. Criscuolo

(1) Nella vendita di immobile destinato ad abitazione, il certificato di abitabilità - anche prima della formale stipula del definitivo - costituisce requisito giuridico essenziale del bene compravenduto, al punto tale che esso è in grado di incidere sull'attitudine del bene stesso ad assolvere la sua funzione economico - sociale, assicurandone il legittimo godimento e la commerciabilità.

(2) Il rifiuto del promissario acquirente di stipulare la compravendita definitiva di un immobile privo dei certificati di abitabilità o di agibilità e di conformità alla concessione edilizia, pur se il mancato rilascio dipende da inerzia del Comune - nei cui confronti, peraltro, è obbligato ad attivarsi il promittente venditore - è giustificato, ancorché anteriore all'entrata in vigore della legge 28 febbraio 1985, n. 47, perché l'acquirente ha interesse ad ottenere la proprietà di un immobile idoneo ad assolvere la funzione economico - sociale e a soddisfare i bisogni che inducono all'acquisto, e cioè la fruibilità e la commerciabilità del bene, per cui i predetti certificati devono ritenersi essenziali.

(3) In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva,

accompagnarlo in ogni sua fase, sicché la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 cod. civ.), concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto.

[La Sezione ribadisce altresì il principio di diritto per cui, anche prima della formale stipula del definitivo, nel caso in cui il preliminare preveda la consegna anticipata del bene, rientra tra le obbligazioni gravanti sul promittente venditore anche quella di allegare il certificato di abitabilità dell'immobile contestualmente alla consegna dell'appartamento, nel caso in cui sia anche anticipato il pagamento del prezzo, sicché in tale ottica non può essere censurata la valutazione compiuta dai giudici di appello circa l'attualità dell'obbligo della ricorrente di dover consegnare il certificato in questione, attese le reiterate richieste di parte intimata, così come comprovate dall'istruttoria svolta, ed avvenute in prossimità proprio della scadenza del termine per la stipula del definitivo, e con il chiaro intento quindi di mettere a disposizione del notaio rogante tutta la documentazione idonea ad assicurare la verifica circa la regolarità urbanistica del bene. Trattasi, secondo il Collegio, di soluzione che costituisce a ben vedere una piana applicazione del principio della buona fede.

Quanto alla massima sub (3), - premesso in diritto che la buona fede in materia di contratti si attegga come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del "neminem laedere", senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte - si precisa, quanto al caso di specie, che

a fronte di un'assunzione della garanzia circa la regolarità urbanistica del bene, se, come dedotto in ricorso, il certificato de quo era già esistente, l'omessa risposta alle richieste di consegna dello stesso da parte del promissario acquirente in epoca prossima alla scadenza del termine previsto per la stipula del

definitivo, allorquando quindi si palesava la necessità di entrarne in possesso, costituisce comportamento evidentemente contrario ai principi di buona fede, laddove allo stesso abbia fatto poi seguito la dichiarazione di recesso della promittente venditrice sul presupposto del mancato rispetto del termine de quo, e giustifica quindi l'accoglimento della domanda di risoluzione per inadempimento della ricorrente].

MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

M.C.M. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Velletri, A.C. e il G.U. S.r.l., affermando che in data 7/11/2002 aveva sottoscritto una proposta di acquisto di un appartamento nella sede della società immobiliare, e successivamente di aver stipulato con la C., in data 10/12/2002, un contratto preliminare di compravendita dell'immobile, verso il corrispettivo del prezzo di € 59.400,00 da corrispondere nel seguente modo: € 2.500,00 già versati prima della stipula; € 2.500,00 da versarsi alla sottoscrizione del contratto preliminare a titolo di caparra confirmatoria; € 54.400,00 da corrispondere alla stipula del contratto definitivo.

Il M. contestava la condotta inadempiente della C. la quale, non avendo fornito il certificato di abitabilità ed il progetto approvato del frazionamento dell'immobile, aveva impedito la stipula del definitivo, entro il termine concordato del 30/04/2003.

Pertanto, l'attore chiedeva la risoluzione del contratto per inadempimento della promittente venditrice con la condanna alla restituzione del doppio della caparra versata, pari a € 5.000,00, oltre al risarcimento dei danni conseguenti alla mancata sottoscrizione del contratto definitivo.

Chiedeva altresì la condanna della G.U. S.r.l. alla restituzione della somma di € 2.500,00 incassata a titolo di caparra confirmatoria, qualora non avesse già corrisposto detta somma alla C.

La convenuta si costituiva chiedendo il rigetto delle pretese attoree ed eccependo che era stato il M. a rendersi inadempiente, non avendo stipulato il contratto definitivo entro il termine pattuito.

Si costituiva altresì la G.U. S.r.l., deducendo l'infondatezza della domanda ed

affermando di aver svolto correttamente l'incarico di intermediazione immobiliare, e di avere percepito per l'opera prestata il compenso pattuito di € 4.000,00.

Il Tribunale di Velletri, con la sentenza n. 2836/2007, rigettava la domanda attorea, non ritenendo sussistente un'ipotesi d'inadempimento della promittente venditrice, dal momento che nel contratto preliminare non era stabilito alcun obbligo di consegna dei documenti richiesti, a carico della promittente venditrice, entro la data prevista per il definitivo. Peraltro, ritenendo correttamente svolto l'incarico della società di intermediazione, rigettava anche la domanda proposta avverso quest'ultima.

Proponeva appello il M. nei confronti di entrambe le convenute, assumendo l'erronea valutazione delle prove testimoniali espletate in primo grado, dalle quali era invece emerso che esso promissario acquirente aveva più volte sollecitato la C. alla consegna della documentazione, ma che le richieste erano rimaste senza esito, sebbene le avesse inviato due telegrammi (nel giorno precedente e in quello fissato per la stipula del definitivo) con i quali la preavvertiva che la mancanza dei documenti avrebbe impedito la conclusione del contratto definitivo.

L'appellante, inoltre, deduceva il vizio derivante dall'erronea interpretazione delle norme di legge, avendo il primo giudice ritenuto che la mancata assunzione nel preliminare dello specifico obbligo di consegnare il certificato di abitabilità non avrebbe potuto determinare alcun adempimento.

Infine, affermava l'incongruità della motivazione circa il rigetto della domanda proposta nei confronti della G.U. S.r.l.

Si costituiva la C. che chiedeva il rigetto del gravame l'appello.

Dichiarato improcedibile l'appello nei confronti della società G.U. S.r.l., per la mancata produzione in giudizio della notifica dell'appello alla stessa, il che non consentiva di ritenere correttamente instaurato il contraddittorio, la Corte d'Appello di Roma con la sentenza n. 1828/2016 riformava la decisione di primo grado, dichiarando risolto il contratto preliminare di vendita, condannando la promittente venditrice alla restituzione della somma di € 5.000,00, oltre interessi legali dal 10/12/2002, nonché al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del doppio grado.

Secondo i giudici di appello la C. aveva garantito la totale regolarità urbanistica dell'immobile in sede di conclusione del contratto preliminare, con la conseguenza che, per consentire la stipula del contratto definitivo, avrebbe dovuto fornire al promissario acquirente la documentazione attestante tale regolarità, ed in particolare, il certificato di abitabilità, il quale era stato più volte richiesto dal promissario acquirente, con l'avvertimento che senza di essi non si sarebbe potuti addivenire alla stipula del contratto definitivo. Tale inadempimento contrattuale, dunque, comportava la risoluzione del contratto e, di conseguenza, faceva sorgere gli obblighi restitutori delle somme ricevute a vario titolo dall'appellata.

Avverso tale sentenza ricorre per cassazione la C. con un unico motivo.

L'intimato non ha svolto attività difensiva in questa fase.

Con l'unico motivo di ricorso si lamenta la falsa applicazione ed estensione al contratto preliminare delle norme disciplinanti il contratto di compravendita, in particolare degli artt. 1470 e 1477 c.c., in relazione all'art. 360, 1 comma, n. 3 c.p.c.

Afferma la ricorrente che la Corte territoriale ha errato nell'applicare al caso di specie le predette norme che, in quanto dettate per il contratto di compravendita, possono operare solo a seguito della stipulazione del definitivo, e non anche per effetto della conclusione del contratto preliminare.

Le obbligazioni gravanti sul venditore, tra le quali rientra anche quella della consegna della cosa oggetto della compravendita, dei titoli e dei documenti relativi alla proprietà della cosa venduta, vanno eseguite al momento della stipula del definitivo, non potendosi esigere l'adempimento nella fase precedente.

Il ricorso deve essere rigettato.

In tal senso rileva che, con accertamento in fatto ii giudici di appello hanno ritenuto che la ricorrente avesse garantito la totale regolarità urbanistica dell'immobile, e che quindi "avrebbe dovuto fornire al promissario acquirente la documentazione attestante tale regolarità", documentazione in cui rientra inequivocabilmente anche il certificato di abitabilità, ritenendo che tale obbligo fosse consequenziale all'assunzione della garanzia quanto alla regolarità urbanistica del bene.

Peraltro è consolidato orientamento di questa Corte quello per cui il rifiuto del promissario acquirente di stipulare la compravendita definitiva di un immobile privo dei certificati di abitabilità o di agibilità e di conformità alla concessione edilizia, pur se il mancato rilascio dipende da inerzia del Comune - nei cui confronti, peraltro, è obbligato ad attivarsi il promittente venditore - è giustificato, ancorché anteriore all'entrata in vigore della legge 28 febbraio 1985, n. 47, perché l'acquirente ha interesse ad ottenere la proprietà di un immobile idoneo ad assolvere la funzione economico - sociale e a soddisfare i bisogni che inducono all'acquisto, e cioè la fruibilità e la commerciabilità del bene, per cui i predetti certificati devono ritenersi essenziali (Cass. nn. 10820/2009 e 15969/2000).

Nella vendita di immobile destinato ad abitazione, il certificato di abitabilità costituisce requisito giuridico essenziale del bene compravenduto, come ricorda Cass. n. 1514/2006, al punto tale che esso è in grado di incidere sull'attitudine del bene stesso ad assolvere la sua funzione economico - sociale, assicurandone il legittimo godimento e la commerciabilità.

D'altronde, ed anche prima della formale stipula del definitivo, si è affermato che (cfr. Cass. n. 13969/2006) nel caso in cui il preliminare preveda la consegna anticipata del bene, rientra tra le obbligazioni gravanti sul promittente venditore anche quella di allegare il certificato di abitabilità dell'immobile contestualmente alla consegna dell'appartamento, nel caso in cui sia anche anticipato il pagamento del prezzo (conf. Cass. n. 4513/2001).

In tale ottica, reputa il Collegio che non possa essere censurata la valutazione compiuta dai giudici di appello circa l'attualità dell'obbligo della ricorrente di dover consegnare il certificato in questione, attese le reiterate richieste di parte intimata, così come comprovate dall'istruttoria svolta, ed avvenute in prossimità proprio della scadenza del termine per la stipula del definitivo, e con il chiaro intento quindi di mettere a disposizione del notaio rogante tutta la documentazione idonea ad assicurare la verifica circa la regolarità urbanistica del bene.

Trattasi di soluzione che costituisce a ben vedere una piana applicazione

del principio della buona fede.

Al riguardo può richiamarsi quanto ritenuto in passato da questa Corte (cfr. Cass. n. 20399/2004, Cass. n. 13345/2006), secondo cui in tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase, sicché la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 cod. civ.), concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del "neminem laedere", senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (nel precedente del 2004 è stata confermata la sentenza della Corte d'Appello che, in relazione all'esecuzione di un contratto preliminare di vendita immobiliare antecedente l'entrata in vigore della legge n. 47 del 1985, aveva ritenuto inadempienti i promittenti venditori in quanto essi non avevano proceduto a sanare l'immobile, abusivamente costruito, e ad acquisire il relativo certificato di abitabilità, e ciò aveva fatto sebbene tale condotta omissiva non fosse stata esplicitamente sanzionata nell'accordo negoziale).

Ad avviso del Collegio, a fronte di un'assunzione della garanzia circa la regolarità urbanistica del bene, se, come dedotto in ricorso, il certificato de quo era già esistente, l'omessa risposta alle richieste di consegna dello stesso da parte del promissario acquirente in epoca prossima alla scadenza del termine previsto per la stipula del definitivo, allorquando quindi si palesava la necessità di entrarne in possesso, costituisce comportamento evidentemente contrario ai principi di buona fede, laddove allo stesso abbia fatto poi seguito la dichiarazione di recesso della

promittente venditrice sul presupposto del mancato rispetto del termine de quo, e giustifica quindi l'accoglimento della domanda di risoluzione per inadempimento della ricorrente.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

Nulla per le spese atteso che l'intimato non ha svolto attività difensiva.

Poiché il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è rigettato, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi dell'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto il comma 1-quater dell'art. 13 del testo unico di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione.

Prevenzione penale d'impresa nell'ambito del riciclaggio di denaro

1. Presentazione

Il mio obiettivo è sottolineare due questioni fondamentali: a) la prima riguarda la descrizione nel contesto argentino - con alcune referenze al Diritto Spagnolo - di quella che viene denominata *prevenzione penale d'impresa* nell'ambito del riciclaggio di denaro. In essenza, la definizione raccoglie le esigenze normative di collaborazione del cittadino con lo Stato nella prevenzione e nell'indagine relative a tale fenomeno; b) successivamente, tratterò schematicamente la questione relativa all'imputazione penale della persona giuridica in tale ambito, con le problematiche che ciò trae nel distinguere tra Diritto Amministrativo Punitivo e Diritto Penale.

2. La crisi del Diritto Penale e il suo impatto sul diritto penale d'impresa

Al giorno d'oggi viene spesso sottolineata la crisi del diritto penale. In effetti, parlare di una crisi del diritto penale significa affrontare i problemi di giustificazione e legittimazione che inficiano gli "elementi definitivi della sua identità"[\[2\]](#)."

A questo proposito, rileva CASTALDO che, forse, per avere la definizione più semplice e più appropriata del "volto" del diritto penale, è sufficiente partire dalla negazione, vale a dire dal definire cosa non è, piuttosto che da quegli elementi di cui è realmente composto[\[3\]](#).

Di fatto, in questi giorni non c'è aspetto del diritto penale, che non sia soggetto a critiche riguardanti le basi stesse che lo fondamentano. Per citare alcuni esempi, l'auge dei reati di pericolo astratto necessariamente porta ad un ripensamento del tradizionale principio di offensività, mentre la tutela degli interessi giuridici collettivi fa intravedere una crisi della nozione classica di bene giuridico legato a interessi individuali.

Si avverte una tensione evidente tra la dottrina criminale contraddittoriamente minimalista e la tendenza legislativa inarrestabile verso la progressiva estensione dei beni giuridici oggetto di tutela giuridica penale, caratterizzata dalla proliferazione di disposizioni penali in termini vaghi e porosi, con norme generali o di intenso contenuto valutativo.

Yacobucci rileva che tale prospettiva descrive un processo attraverso il quale il Diritto Penale è sottomesso a una critica costante basata su standard etici e politici in costante cambio, in gran parte soggetti al contesto filosofico-culturale della convivenza civile[\[4\]](#).

In relazione a questo aspetto, i principi di legalità, colpevolezza, offensività, tassatività e perfino di *ultima ratio*, sono seriamente messi in discussione dalle nuove disposizioni legislative in materia penale.

Ad esempio, sui problemi che la clausola generale di commissione per omissione comporta per il principio di legalità, sono significative le riflessioni di MOCCIA,

secondo il quale uno dei momenti fondamentali per il problema della crisi del principio di tassatività appare all'interno della definizione dei reati di omissione impropria. A questo proposito egli ritiene che il legislatore trasmetta parte della propria responsabilità all'interprete, giacché l'obbligo formalmente rilevante è deducibile da una combinazione data dalla norma di parte speciale e dalla clausola di equivalenza della Parte Generale del Codice^[5].

3. Il fenomeno espansivo del diritto penale sull'attività d'impresa delle persone

Sempre più di frequente il diritto penale si occupa del comportamento economico degli individui, cioè, di quell'attività diretta all'utilizzo della ricchezza. Questo fenomeno porta a un conseguente aumento del rischio penale in relazione ad attività quali lo scambio di beni e servizi, ove la possibilità di "restare intrappolati" nel sistema penale è tanto più alta, quanto più centrale e socialmente rilevante è l'attività che il soggetto sviluppa.

Per dirlo con le parole del professor Sgubbi:

"Quando più grandi e più significativi sono i ruoli economici e sociali di un individuo, maggiore è il numero di prescrizioni (e quindi di fattispecie penali) di cui il soggetto è destinatario" [6].

Difatti, la tutela penale include oggi non solo i beni giuridici dell'individuo (come i crimini contro la vita, la salute, la libertà, la proprietà, ecc.), ma anche i beni giuridici della comunità (reati contro la salute pubblica, l'interesse economico generale, l'ambiente, la sicurezza stradale, l'ordine socio-economico, solo per citare alcuni casi). Questa realtà ha contribuito a creare una crisi di legittimità materiale del diritto penale inteso come *ultima ratio* del sistema giuridico. Sorgono così fattispecie che vengono considerate da certa dottrina come di protezione delle funzioni dell'Amministrazione piuttosto che di protezione di beni giuridici[7].

A questo proposito, si è sostenuto che:

"Nascono leggi simboliche, create in sostanza al fine di assicurare l'opinione pubblica sul fatto che l'Autorità si sta impegnando al fine di eliminare determinati comportamenti sociali. Leggi che si usa definire avanzate, o anche forti e audacemente innovative; leggi che nascono non tanto per tutelare efficacemente

beni giuridici, quanto piuttosto per rispettare valori contingenti della politica[8]”.

4. I doveri di collaborazione del cittadino in relazione ai compiti di controllo dell'Amministrazione e il loro impatto sul processo penale

Attualmente stiamo assistendo ad un numero significativo di obblighi di collaborazione dei cittadini verso l'Amministrazione, che sono una chiara manifestazione dell'espansione del Diritto Penale sull'attività d'impresa.

Difatti, assieme a tale espansione dei criteri di attribuzione di responsabilità penali a livello di attività imprenditoriale, si avverte una crescente espansione dello Stato nel controllo di detta attività utilizzando, a tal fine, lo strumento penale.

In base a ciò, in caso di mancata collaborazione o di ostruzione, da parte dei cittadini, dei canali di controllo dell'Amministrazione, si fa spesso ricorso a reati che presentano come denominatore comune il reato di disobbedienza.

Su questo punto, si è sostenuto che è significativa la somiglianza di certi doveri di soggetti portatori di talune posizioni speciali con lo schema particolare di attribuzione di responsabilità penale a funzionari pubblici per reati di violazione di un dovere.

È quindi un fatto inconfutabile che l'adempimento dei doveri dello Stato non si riduce alla sola attività dei funzionari pubblici, ma che la partecipazione dei cittadini in alcuni casi può essere altrettanto importante dell'intervento dei funzionari stessi[9].

In particolare, si segnala che in campo imprenditoriale, la legge dà ad alcuni soggetti economici una certa competenza istituzionale al fine di realizzare gli obiettivi dello Stato. Si sostiene, quindi, che nella misura in cui i funzionari pubblici non possano avere un pieno accesso allo sviluppo economico, si creano determinate competenze istituzionali che vincolano le imprese o gli amministratori a determinati organismi pubblici[10].

Ad esempio, nell'ambito del riciclaggio dei proventi di reato ciò si vede chiaramente quando si analizzino i fondamenti che legittimano materialmente le sanzioni applicabili nel caso della violazione del dovere di segnalare le operazioni

sospette da parte dei soggetti a ciò obbligati.

A questo proposito, si è sostenuto che il punto di partenza per l'individuazione dei casi di riciclaggio di denaro di provenienza illecita è il grado di efficacia con cui i soggetti obbligati a segnalare adempiono a tale obbligo, comunicando ai pubblici funzionari le operazioni sospette di riciclaggio. In questo modo, il sistema di prevenzione poggia in primo luogo sulla figura dei soggetti pubblici e privati obbligati ad informare, e rispetto a questi ultimi si potrebbe sostenere che diventano dei quasi-funzionari dello Stato^[11].

La "Unidad de Información Financiera" (UIF, Unità d'Informazione Finanziaria, organo statale di controllo in materia) mediante la Risoluzione -25-II-2013- ha osservato che:

"La nomina di un funzionario di alto livello, lo rende responsabile di garantire il rispetto e l'attuazione di procedure e controlli per prevenire il riciclaggio di denaro.

Le caratteristiche più significative del *compliance officer* - Responsabile dell'Osservanza delle Politiche Aziendali - sono: a) la progettazione e la proposizione all'Ente di procedure e controlli in materia di prevenzione del riciclaggio di denaro; b) Analizzare le operazioni inusuali e, se del caso e previa decisione dell'Ente, preparare e consegnare il report su operazioni sospette all'UIF; c) il monitoraggio delle procedure interne dell'organizzazione, l'applicazione di politiche preventive in materia; d) proporre politiche di formazione; e) centralizzare gli obblighi di informazione da parte degli organismi competenti; f) l'individuazione di quelle che sono le esigenze all'interno dell'entità in cui si sviluppa la sua funzione al fine di una efficace attuazione delle disposizioni normative; g) la formazione del personale con l'adozione di un programma formale di educazione e formazione per tutti i dipendenti dell'entità; g) audit: l'attuazione di verifiche periodiche e indipendenti del programma globale di lotta contro il riciclaggio di denaro, al fine di garantire il raggiungimento degli obiettivi.

Seguendo questa linea, l'articolo 24 della legge 25,246 -26,683- afferma:

1 La persona che, agendo in qualità di organo od esecutore di una persona giuridica o una persona fisica, non adempie i suoi obblighi nei confronti della Unità di Informazione Finanziaria - Unidad de Información Financiera (UIF) -, che

viene creata con la presente legge, è punito con una multa da uno (1) a dieci (10) volte il valore totale dei beni o della transazione cui si riferisce l'infrazione, a condizione che il fatto non costituisca più grave reato.

2 La stessa pena si applica alla persona giuridica al cui interno presti la sua attività il soggetto che infrange la norma.

3 Quando non sia possibile determinare il valore effettivo della merce, la multa è da diecimila pesos (AR\$ 10.000) a centomila pesos (AR\$ 100.000).

4 L'azione penale al fine di applicare la sanzione prevista nel presente articolo si prescrive in cinque (5) anni a partire dalla violazione. Lo stesso termine si applica all'esecuzione della pena della multa, calcolato dal momento in cui la sentenza passa in giudicato.

5 La prescrizione dell'azione per l'applicazione della sanzione verrà interrotta: dalla notifica dell'atto che prevede l'apertura del procedimento probatorio o dalla notifica dell'atto amministrativo che dispone la sua applicazione.

Prima conclusione: il *compliance officer* rappresenta il punto finale di un diritto penale tradizionale concepito come strumento di reazione per far posto alla costruzione di un meccanismo di controllo preventivo.

Tale normativa ha, attraverso l'Ente specializzato, imposto ammende per oltre 75 milioni di pesos a varie entità bancarie insieme a quelle imposte ai compliance officers.

Inoltre, la delibera n 185/2013 dell'Unità d'Informazione Finanziaria prevede che i soggetti obbligati che siano stati puniti con una multa, devono pagare entro 10 giorni dalla notifica della sanzione. In questo modo il ricorso al Tribunale Amministrativo ha effetto devolutivo. Cioè, si deve prima pagare e una volta vinto il ricorso lo Stato restituirà l'importo pagato.

Per quanto riguarda il calcolo del termine di prescrizione la UIF ha osservato che: "quando il dovere di informare costituisce un obbligo permanente del soggetto che viene incluso nella norma, fino a quando tale informazione non venga trasmessa, l'UIF non potrà mai venire a conoscenza dell'operazione non comunicata (occultata, taciuta o omessa), e non potrà nemmeno esercitare la sua funzione di lotta al riciclaggio di denaro, o punire il soggetto obbligato... l'inizio

del periodo di prescrizione deve calcolarsi da quando il soggetto cambia il suo comportamento, cioè, quando in realtà compia il suo dovere di informazione. Una differente interpretazione porterebbe a un sistema in cui un ritardo nella notifica viene premiato con la prescrizione “.

Si può notare, quindi, come il modello di tutela penale delle agenzie amministrative parta dalla concezione delle relazioni che concepiscono il privato come un collaboratore nell'esercizio di funzioni pubbliche, anche a scapito di se stesso.

Ad esempio, l'articolo 294 del codice penale spagnolo prevede come conseguenza giuridica, la reclusione da sei mesi a tre anni o una multa di 12 a 24 mesi, a coloro che:

“In qualità di amministratori di fatto o diritto di qualsiasi società costituita o in formazione, che sia soggetta o agisca in mercati soggetti a controllo amministrativo, neghino o impediscano l'azione delle persone, organi o enti di controllo o di supervisione.”

Per dirla con le parole di SILVA SANCHEZ, una disposizione di tali caratteristiche è parte di un modello di Diritto Penale d'Impresa che si focalizza sulle nozioni di prevenzione e di massima anticipazione e di cui è lecito prevedere la progressiva diffusione. In questo modello si riprende “, sebbene aggiornato, il vecchio paradigma di applicazione del Diritto Penale di Polizia e dell'infrazione basata sulla mera disobbedienza, avendo lo Stato assunto le funzioni di una nuova polizia del rischio[12]”.

A questo proposito, si scarica sull'imprenditore l'onere economico della lotta contro i comportamenti illeciti, e si finisce per consolidare una politica di prevenzione a costo zero che genera responsabilità di colpevolezza basate sulla posizione.

Quanto appena detto vale soprattutto sul piano dei doveri di collaborazione attiva nei confronti delle Autorità, ove tale collaborazione possa comportare una violazione della garanzia giudiziaria che stabilisce che “nessuno può essere costretto a testimoniare contro se stesso.”

In Spagna, la questione ha attirato l'attenzione della Corte Costituzionale in STC (1 °) 18/2005, del 1 febbraio - relatore Homes Baamonde- e STC (1 °) 68/2006, del

13 marzo - relatore Delgado Barrio -, dove si sostiene che il diritto di garanzia contro l'auto-incriminazione si estende alle azioni prelieve al processo penale che abbiano influenza su quest'ultimo, quando una persona consegna, sotto costrizione, documenti nell'ambito dei procedimenti di verifica fiscale e successivamente, venga condannata in un procedimento penale sulla base di quegli stessi documenti.

In Argentina, la questione sembra essere risolta, dal punto di vista costituzionale, attingendo agli effetti generati dall'interpretazione nel nostro sistema giudiziario della regola di esclusione delle prove ottenute illegalmente e della sua successiva estensione attraverso la teoria del frutto dell'albero avvelenato.

In breve, devono essere esclusi dal processo penale gli elementi di prova ottenuti attraverso la coercizione e l'inganno da parte dello Stato, così come quelli ottenuti volontariamente ma che presentino l'elemento dell'esigenza legale del dovere di cooperazione del cittadino sotto la minaccia di incorrere in sanzioni amministrative e penali in caso di infrazione.

5. Il "Compliance Officer" (Responsabile per l'Osservanza delle Politiche Aziendali) e l'imputazione penale dell'impresa per riciclaggio di denaro.

1 La figura del *compliance officer* - Responsabile per l'Osservanza delle Politiche Aziendali o delle leggi - è propria di una corrente del diritto del Nord America. In generale si agisce sulla base dell'idea della prevenzione della responsabilità delle imprese, dei loro organi e amministratori e minimizzare i rischi di tali responsabilità. Il concetto giuridico penale di *compliance* sorge in modo induttivo da programmi di adempimento dei vari forum e seminari.

Il concetto del *good corporate citizen* - cioè quell'impresa che è un buon cittadino -, che predomina nella dottrina americana a partire dagli anni Novanta, si riferisce a quell'impresa che rispetta la legge, o più precisamente a quella società che ha istituzionalizzato una cultura aziendale del rispetto dell'adempimento del diritto, del rispetto per la legge.

Il concetto di *good corporate citizen* acquista dei tratti penalmente definiti nell'importante lavoro di Christopher Stone a metà degli anni Settanta il cui titolo è peraltro suggestivo: "Dove finisce la legge: Il controllo sociale del comportamento dell'azienda". La questione è, per questo autore, il determinare come controllare le aziende in modo da garantire la corretta gestione di tali rischi. In altre parole: il controllo sociale del comportamento dell'azienda.

Per STONE né il mercato né il diritto possono controllare il comportamento delle imprese e conclude che solo l'impresa stessa può controllarsi e autoregolarsi in base a dei parametri esterni che devono essere soddisfatti. In questo passaggio si introduce il concetto di *good corporate citizen* definito come *quell'azienda che crea meccanismi interni adeguati al fine di controllare che la propria attività aziendale non causi pericolo per il contesto sociale*.

2 La responsabilità penale delle persone giuridiche non è più una discussione retorica in Argentina, e rappresenta, invece, un problema di Diritto Positivo in vigore.

Dal mio punto di vista della mia analisi, nel campo del riciclaggio di denaro si è venuto a creare un vero e proprio presupposto di responsabilità penale delle imprese. Vediamo la legge vigente:

CP Articolo 304 - Quando i reati di cui al precedente articolo siano stati realizzati in nome, o con l'intervento o in beneficio di una persona giuridica, saranno imposte alla persona giuridica, in modo congiunto o alternativamente, le seguenti sanzioni:

1 Multa da due (2) a dieci (10) volte il valore dei beni oggetto del reato.

2 Sospensione totale o parziale dall'attività, che in nessun caso potrà superare i dieci (10) anni.

3 Sospensione alla partecipazione a gare o appalti pubblici di opere o servizi o di qualsiasi altra attività connessa con lo Stato, che in nessun caso potrà superare i dieci (10) anni.

4 Annullamento della personalità giuridica nel caso in cui fosse stata creata al solo scopo di commettere il reato o tali atti costituiscano l'attività principale del soggetto.

5. Perdita o sospensione di eventuali benefici statali.

6 Pubblicazione di un estratto della sentenza a carico della persona giuridica.

Per regolare l'entità di tali sanzioni, i giudici esamineranno la violazione delle regole e procedure interne, l'omissione della vigilanza sull'attività di attori e complici, l'entità del danno, l'ammontare del denaro implicato nel reato, la dimensione, la natura e le capacità economiche della persona giuridica.

Nel caso in cui risultasse necessario mantenere la continuità operativa dell'entità, o di un lavoro, o di un particolare servizio, non si applicano le sanzioni di cui al comma 2 e comma 4.

3 Tuttavia, un grave problema che non si può non affrontare nel trattare tale questione nel mio paese, è l'esigenza di affrontare l'aspetto costituzionale - quindi non dogmatico - della responsabilità penale delle persone giuridiche che è stato introdotto dal giudice della Corte Suprema Professor Raúl ZAFFARONI, il quale ha focalizzato la discussione in un contesto costituzionale che supera il dibattito dogmatico.

In breve sintesi, il problema passa attraverso l'obiezione costituzionale alla commissione da parte delle persone giuridiche di un "fatto" - costituzionale, mi permetto di aggiungere - d'accordo ai termini previsti dall'articolo 18 della Costituzione. Tale obiezione, non solo dogmatica ma basata sul dettato

costituzionale, rende necessario affrontare preliminarmente la questione.

Per ZAFFARONI il dibattito sulla responsabilità penale delle persone giuridiche viene stroncata sul nascere: le imprese non hanno capacità di azione. Non solo, ma il vincolo tra diritto penale ed azione, intesa come comportamento esclusivamente attribuibile all'uomo, è un requisito costituzionale. In questo pensiero, i principi di colpevolezza e di personalità della pena sono argomenti collaterali rispetto a quello centrale costituito dall'incapacità di agire stabilita sulla base del testo costituzionale.

Secondo la mia interpretazione, questo voto rappresenta l'ultimo tentativo dogmatico classico - comunque rispettabile - di sfuggire al diritto amministrativo punitivo come un modo di mantenere una coerenza conservatrice della dogmatica penale.

Nella mia interpretazione, il ricorso a una amministrativizzazione della sanzione per le persone giuridiche - ed è questo forse l'aspetto più rilevante sul piano politico-criminale - finirà per portare a un sistema più flessibile in relazione al rispetto delle garanzie giurisdizionali, problema cui si deve dare particolare attenzione nel contesto di un diritto amministrativo sempre più invadente. In questo modo, con il pretesto di sanzioni amministrative inflitte da un tribunale penale o mere conseguenze accessorie della pena da infliggere al rappresentante dell'impresa, in realtà si applicano sanzioni repressive vere e proprie - in termini materiali - per la persona giuridica.

Limitare il concetto di "fatto" ai sensi dell'articolo 18 della nostra legge costituzionale a un accadimento fattuale attribuibile solo ed esclusivamente a una persona fisica, rappresenta una chiara limitazione alla capacità di resa del concetto normativo, interpretazione che rimane ancorata a concetti ontologici e naturalistici che ignorano un'interpretazione normativa e dinamica della nostra Costituzione.

Al contrario, se si considera il termine fatto in senso ampio come realtà fattuale che modifica la realtà circostante e che pertanto è suscettibile di essere attribuita ad un soggetto come centro normativo di imputazione e non come una realtà viva ed ontologica, non vi sono inconvenienti nell'affermare che tale evento può appartenere alla persona giuridica come proprio e, pertanto, non presenta alcuna forzatura costituzionale. In pratica si tratta del mancato adempimento di aspettative sociali attribuite a un determinato ruolo.

Da un punto di vista politico criminale, la mia interpretazione è che in questioni complesse - come la determinazione dell'attribuibilità della responsabilità penale alle persone giuridiche - la questione diventa un problema di decisione politica criminale del legislatore e sfugge al controllo di costituzionalità dei giudici attraverso il sistema di revisione giurisdizionale.

La norma sulla responsabilità penale per le aziende nel campo del riciclaggio di denaro proveniente da reati mi ha permesso di arrivare al centro del dibattito giuridico sulla definizione della responsabilità penale delle persone giuridiche da intendersi come responsabilità penale per attribuzione o, piuttosto, come responsabilità per fatto proprio commesso dall'ente.

Una lettura lineare della norma sembrerebbe dar ragione a quanto sostenuto dal professor ZAFFARONI nel caso "Fly Machine", ove la pena per l'impresa appare come una conseguenza giuridica - di carattere amministrativo - imposta in modo accessorio rispetto alla sanzione per un fatto penale attribuito a un agente. Sanzione potrà imporre il giudice penale per ragioni di economia giudiziaria.

Una delle principali critiche rivolte al sistema d'imputazione per attribuzione è che afferisce alla colpevolezza della propria persona giuridica, trasferendo all'ente la colpevolezza del dirigente in modo automatico e accessorio, sotto la veste formale di sanzioni non penali, oltre ad essere un metodo di imputazione

sussidiario.

Al contrario, se la regola viene definita come pretesa di un comportamento istituzionalizzato, in modo che tali pretese sarebbero norme penali di condotta che, grazie alla loro rilevanza per l'identità normativa di una data società umana, vengono protette da sanzioni penali, anche le persone giuridiche, in quanto agenti economici e sociali reali, sono socialmente costruiti come centri di imputazione nel caso di inadempimento di pretese normative e pertanto soggetti passivi delle conseguenze previste in caso di inadempimento di dette pretese. In altre parole, sono centri di imputazione e quindi la responsabilità penale si basa sulla commissione propria del fatto.

Quindi, se si conclude che l'impresa è un centro di imputazione normativa e che il reato di riciclaggio di denaro -per esempio- è un rischio unico che ammette due canali o vie d'imputazione indipendenti, la responsabilità penale delle imprese deve essere intesa come assunzione di responsabilità per fatto proprio, al fine di evitare vulnus al principio di colpevolezza, visto che non si può non notare che una sanzione penale comminata a un'impresa, applicabile come derivato di una sanzione penale comminata a un individuo, rappresenta, in pratica, una responsabilità penale per fatto altrui e che perciò è al di fuori del nostro sistema costituzionale.

Al contrario, è importante fare degli sforzi per includere la persona giuridica nella responsabilità per fatto proprio. In questo senso si apprezza nella nostra legislazione positiva una limitazione al concetto di responsabilità penale delle imprese a casi esclusivi ed escludenti dove il fatto appare commesso in nome, con l'intervento o in beneficio di una persona giuridica.

In questo modo, il legislatore ha escluso come criterio di imputazione della responsabilità penale la mancanza di controllo o di supervisione sulle procedure e sul funzionamento dell'impresa.

Curiosamente, questo criterio di imputazione penale è stato invece preso in considerazione come elemento al fine della commisurazione giudiziale della pena (come una sorta di estensione del disposto normativo degli articoli 40 e 41 del Codice Penale). Così, nelle norme suddette, il legislatore ha consentito che si commisuri la pena a seconda del livello di violazione del dovere di controllo della persona giuridica.

“Per commisurare queste sanzioni, i giudici esamineranno la violazione delle regole e procedure interne, l’incapacità di vegliare sulle attività dei responsabili e l’entità del danno, la somma di denaro coinvolta nel reato, le dimensioni, la natura e la capacità economica della persona giuridica “.

Quindi, ai fini di un’interpretazione più rispettosa delle garanzie, tale criterio di commisurazione della pena è traducibile - nella sua interpretazione giudiziaria - in un vero presupposto di responsabilità penale per fatto proprio.

Vale a dire che, assieme alla determinazione del fatto che il reato è stato commesso a vantaggio, con l’intervento, e per conto della persona giuridica, si renderà necessario dimostrare che è stato violato un dovere di controllo da parte della persona giuridica che ha consentito la commissione del crimine.

Questa tendenza può essere apprezzata nella legislazione che limita la responsabilità penale delle aziende laddove:

- L’organo dirigente abbia adottato ed efficacemente implementato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire il reato della fattispecie oggetto di verifica.

- L'impegno di vigilanza sul funzionamento e l'osservanza di tale modello e il suo aggiornamento sia stato affidato a un organo dotato di poteri di autonomia, iniziativa, e controllo.
- La persona che ha commesso il reato eludendo fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione.

6. Alcune possibili conclusioni.

- La società si è evoluta: da una società di individui è diventata una società di organizzazioni. Questo ha dato luogo a due importanti istituzioni sociali nella configurazione sociale corrente. Da un lato lo Stato - ambito pubblico -; dall'altro l'azienda- ambito privato-.
- La figura del *compliance officer* è strettamente vincolata alla cornice dogmatica dei reati di violazione di un dovere.
- Questa affermazione ci permette di chiederci se l'impresa sia una Istituzione -in termini funzionali di Diritto Penale - con le implicazioni di perimetro e di conseguenze che ciò comporta.
- Il *compliance officer* assume una posizione giuridica di garante con una legittimazione giuridica - in principio indisponibile - durante la permanenza in detta posizione. Questo lo rende barriera di contenimento di determinati rischi propri della sua sfera di competenza istituzionale e lo pone all'interno della generazione di aspettative in materia di prevenzione della criminalità nel settore proprio della sua competenza.
- Il *compliance officer* realizza funzioni quasi-statali nella prevenzione dei rischi, sulla base dell'obbligo di cittadini di collaborazione con

l'Amministrazione. Questa situazione lo pone come individuo privato che adempie funzioni pubbliche;

- Il compliance officer rappresenta un collegamento tra un sistema di imputazione penale strettamente personale nel campo dell'impresa e uno che fa riferimento all'impresa;
- Sebbene la figura del *compliance officer* rappresenti un'espansione del diritto penale contemporaneo, resta il fatto che la sua inclusione e disciplina devono essere inquadrati in una interpretazione garantista del diritto penale, la cui attuazione è legata a criteri sostanziali di attribuzione di un fatto all'azienda come proprio;
- In questo schema di pensiero, dobbiamo chiederci se la figura del *compliance* deve essere limitata a ipotesi di responsabilità penale patrimoniale o imprenditoriale economica; o, al contrario, può includere anche ipotesi che superano il mero approccio patrimoniale.
- In breve, la figura del *compliance* genera molte domande e possibili sviluppi normativi che vanno analizzati al di là del contesto politico contingente. Questo ci permette di elevarci al di sopra di una certa congiuntura e pensare e ripensare che modello di imputazione sia il più adatto - in termini di efficienza e di garanzia - ai fini di uno schema di Diritto Penale ancorato all'impresa che non sembra disposto a fare passi indietro.

[1] Universidad Austral (Buenos Aires- Argentina).

[2] Jesús María Silva Sánchez, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, XI.

[3] Cfr. Andrea Castaldo, “¿Cuál Derecho Penal para el Nuevo Milenio?”, trad. Jorge Eduardo Lodoño Ulloa, in J.E. Lodoño Ulloa (comp.), in *Tendencias actuales del derecho público y del derecho privado*, Centro de Investigaciones para el desarrollo cipade, Fundación Universitaria de Boyacá, Tunja, 2000,30.

[4] Cfr. Guillermo Yacobucci, *El sentido de los principios penales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, 27.

[5] Cfr. Sergio Moccia, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001, 68.

[6] Filippo Sgubbi, *El delito como riesgo social*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, 122.

[7] Sergio Moccia, “De la tutela de bienes jurídicos a la tutela de funciones: entre ilusiones posmodernas y reflujos liberales”, en Jesús María Silva Sánchez, (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal, Libro in omaggio a Claus Roxin*, J.M. Bosch. Editor, Barcelona, 1997, 113-142, *passim*

[8] Cfr. Filippo Sgubbi, “El derecho penal en la transformación económica”, *relazione presentata al Seminario del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral*, Buenos Aires, settembre 1996.

[9] Cfr. Juan María Rodríguez Estévez, “¿Puede la responsabilidad penal del empresario fundamentarse en la dogmática de los delitos de “infracción de un deber”?, en *El Derecho Penal, El Derecho*, Buenos Aires, 2005, 5-29, *passim*, dove casi concreti di incidenti aerei attribuibili a una mancanza nella struttura di controllo su specifiche attività sono stati considerati come reati di violazione del dovere sul piano della tipicità oggettiva.

[10] Cfr. Percy García Caveró, *Derecho Penal económico. Parte General.e Ara* Editores, Universidad de Piura, Lima, 2003, 485.

[11] Cfr. Carlos M. González Guerra y Jorge A. Valerga Aráoz (h), “*Sujetos obligados a informar. Cuasifuncionarios en la prevención del delito de lavado de dinero*”, *El Derecho Penal, Revista N.º 12, El Derecho*, Buenos Aires, 2011, 5ss-7.

..., 5 ss., 7. Si veda anche: Hernán Blanco, *Lavado de activos por sujetos*

obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de un deber, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, 101-108, per quanto riguarda il fondamento dei doveri dei privati verso lo Stato nel delitto di riciclaggio di denaro.

[12] Cfr. Jesús María Silva Sánchez, “Hacia un derecho penal del Estado de la prevención. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal”, en ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, 310.

Responsabilità per mancata comunicazione dei dati personali e della patente del soggetto che guidava il veicolo all'epoca del compimento di una infrazione

Cass. civ., sez. II, Sentenza 29 novembre 2018, n. 30939 - Pres. Petitti, Rel. Cosentini

Ai sensi dell'art. 126 bis, comma 2, Codice della strada, come modificato dall'art. 2, comma 164, lett. b), del d.l. n. 262 del 2006, conv. in legge n. 286 del 2006, ai fini dell'esonero del proprietario di un veicolo dalla responsabilità per la mancata comunicazione dei dati personali e della patente del soggetto che lo guidava all'epoca del compimento di una infrazione, possono rientrare nella nozione normativa di "giustificato motivo" soltanto il caso di cessazione della detenzione del detto veicolo da parte del proprietario o la situazione imprevedibile e incoercibile che impedisca allo stesso di sapere chi conducesse il mezzo in un determinato momento, nonostante egli abbia dimostrato di avere adottato misure idonee, esigibili secondo criteri di ordinaria diligenza, a garantire la concreta

osservanza del dovere di conoscere e ricordare nel tempo l'identità di chi si avvicina nella guida.

[Clicca qui per la sentenza completa](#)

Danno da ritardo e procedimenti officiosi

Cons. St., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 358 - Pres. Poli, Est. Forlenza

(1) *Il danno da ritardo, di cui all'art. 2-bis l. n. 241 del 1990, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato di ufficio (e, dunque, vi sia l'obbligo di concluderlo).*

(2) *Perché possa parlarsi di una condotta della Pubblica Amministrazione causativa di danno da ritardo, oltre alla concorrenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., occorre che esista, innanzi tutto, un obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine definito dalla legge a fronte di una fondata posizione di interesse legittimo ad ottenere il provvedimento tardivamente emanato..*

[Secondo la Sezione - premesso che l'art. 2-bis l. n. 241/1990 prevede due distinte ipotesi di risarcimento del danno (la prima, afferente al danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento; la seconda afferente al danno derivante di per sé dal fatto stesso di non avere l'amministrazione provveduto entro il termine prescritto, nelle ipotesi e alle condizioni previste - la prima evenienza prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell'amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell'amministrazione sia stata causa di un danno

altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo].

FATTO

1.1. Con l'appello in esame, i ricorrenti - Ispettori della Polizia di Stato che affermano di avere rivestito dal 1 gennaio 2002 l'incarico di comandante di ufficio territoriale della Polizia ferroviaria - impugnano la sentenza 15 luglio 2016 n. 996, con la quale il T.a.r. per il Piemonte, sez. I, in accoglimento del ricorso proposto, ha condannato il Ministero dell'interno "al pagamento a titolo di risarcimento del danno da ritardo della somma corrispondente agli interessi sull'indennità per la durata dell'incarico di comando effettivamente esercitato dalla data del 13 ottobre 2013, fino al giorno dell'effettiva liquidazione".

Oggetto originario del ricorso era l'impugnazione del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza volta ad ottenere l'emanazione del decreto interministeriale per il riconoscimento della posizione di comando ai fini della corresponsione della relativa indennità, prevista dall'art. 10 l. n. 78/1983 per il personale dell'Esercito e della Marina che copre posizioni di comando, poi estesa al personale della Polizia dall'art. 3, co. 18, d.l. n. 387/1987.

Successivamente, dopo la pronuncia della sentenza 8 maggio 2014 n. 936 (di accoglimento del ricorso avverso il silenzio), i ricorrenti - preso atto del decreto di ricognizione emanato in data 10 luglio 2015 - hanno coltivato la domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno da ritardo.

1.2. La sentenza impugnata - effettuata una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di risarcimento del danno da ritardo, ex art. 2-bis l. n. 241/1990 - afferma, in particolare:

- innanzi tutto (pag. 3 sent.) che "i ricorrenti chiedono anche il risarcimento del danno, senza tuttavia indicare le voci di danno né indicare criteri per quantificare detti danni" e poi (pag. 6) che "i ricorrenti quantificano l'ammontare del risarcimento nella misura dell'indennità che sarebbe loro spettata se la stessa fosse stata corrisposta al 1 gennaio 2002, data di decorrenza del biennio disciplinato dall'accordo sindacale poi recepito dal DPR n 164/2002";

- poiché la disposizione indicata non stabilisce “alcun termine per l’emanazione del decreto interministeriale di individuazione delle posizioni di comando . . . l’inerzia dell’amministrazione comincia ad avere rilevanza dal momento della notifica all’amministrazione della messa in mora da parte dei ricorrenti, notifica avvenuta in data 14 ottobre 2013”;

- poiché “i ricorrenti si sono limitati a chiedere il risarcimento da ritardo, senza provare l’ammontare di detto danno . . . il risarcimento dovrà essere commisurato agli interessi per ciascun ricorrente calcolati sull’indennità corrisposta per la durata dell’incarico rivestito dalla data del 14 ottobre 2013 (potendo taluno dei ricorrenti vantare un periodo di comando di durata inferiore), fino al momento del pagamento”, e, trattandosi di debito di valore, con “rivalutazione monetaria da calcolarsi dalla data di proposizione del ricorso fino alla data di deposito della presente sentenza”, oltre “gli interessi nella misura legale dalla data del deposito della decisione sino all’effettivo soddisfo”.

1.3. Avverso tale decisione vengono proposti tre autonomi motivi di appello (da pagina 5 a pagina 24 del gravame), sintetizzabili come segue:

1. a) error in iudicando; violazione dei termini procedurali e dell’obbligo di avvio e di conclusione del procedimento imposto dall’art. 13, co. 3, d. lgs. n. 164/2002; violazione art. 97 Cost. e art. 2, co. 1, l. n. 241/1990; ciò in quanto “è proprio con l’entrata in vigore del d. lgs. n. 164/2002 che in capo all’amministrazione è sorto, ex art. 13, co. 3, l’obbligo di avviare, ex officio, il procedimento di individuazione dei titolari di comando e, ex art. 2, co. 1, l. n. 241/1990, di concluderlo con l’adozione del provvedimento ricognitivo imposto”; d’altra parte, “essendo l’indennità de quo beneficio retributivo scaturente da accordi sindacali in vigore dall’ 1 gennaio 2002, essa si sarebbe dovuta pagare proprio a partire da tale data, di talché il provvedimento avrebbe dovuto dispiegare i suoi effetti proprio a partire da tale data” (di modo che non avrebbe dovuto essere considerata “la sola inerzia dell’amministrazione successiva alla diffida notificata il 6 novembre 2013”);
2. b) error in iudicando, in relazione alla quantificazione del risarcimento per danno da ritardo (art. 2043 c.c.; art. 2-bis l. n. 241/1990); ciò in quanto “la natura di danno patrimoniale, derivato dal mancato pagamento per tempo dell’indennità, è stata chiaramente dichiarata dagli appellanti”, i quali, ai fini della quantificazione, hanno indicato i relativi criteri

“riconducendoli, per ogni ricorrente, al numero di mesi per i quali l’indennità non è stata corrisposta”; a tale “danno certo” occorre aggiungere l’ulteriore danno costituito “dal mancato incremento, in prospettiva, dell’assegno pensionistico e del T.F.S. (liquidazione)”. Nel caso di specie, “la domanda risarcitoria dei ricorrenti (contiene) in sé tutti gli elementi richiesti” (prova del danno, suo ammontare, sua ingiustizia, nesso causale tra la condotta dell’Amministrazione e il danno”. In definitiva, “il mancato esercizio dell’attività amministrativa imposta all’amministrazione dall’art. 13, co. 3, d. lgs. n. 164/2002 fa ricadere l’inerzia sotto la previsione ex art. 30, co. 2, prima parte, Cpa”, poiché l’amministrazione “con la sua ultradecennale inerzia . . . ha negato agli appellanti il diritto a beneficiare dell’indennità a partire dalla data di sua istituzione, violando gli accordi sindacali che, peraltro, godevano delle necessarie coperture finanziarie”. Né può ritenersi che vi sia concorso del fatto colposo del creditore nell’eventum damni (con conseguente riduzione della misura del risarcimento, ex art. 1227 c.c.) poiché “l’esercizio dell’azione giudiziaria costituisce una mera facoltà e non un obbligo del titolare, sicché il mancato ricorso all’autorità giudiziaria non integra un concorso colposo del danneggiato”. In definitiva, nel caso di specie “più che un danno da mero ritardo, il quale determina un risarcimento teso a ripagare il danno dell’attesa, ossia il valore del tempo in sé, gli appellanti hanno lamentato un danno cagionato dal ritardo, ben più grave di quello da mero ritardo, un danno cioè determinato dalla condotta dell’amministrazione, la quale illegittimamente, pur essendo tenuta ex lege a riconoscere l’indennità di comando a partire dal biennio 2002-2003 di istituzione, ha ommesso di farlo, ritardando l’emanazione del provvedimento di ben tredici anni”.

1.4. Si sono costituiti in giudizio il Ministero dell’interno ed il Ministero dell’economia e delle finanze, i quali ha preliminarmente eccepito:

- l’irricevibilità dell’appello per tardività, poiché la sentenza è stata impugnata oltre il termine decadenziale di sei mesi, scadente il 15 febbraio 2017, con ricorso notificato solo in data 17 febbraio 2017;

- l’inammissibilità dell’azione risarcitoria del danno da ritardo provvedimento “per assoluta inesistenza, nel testo dell’art. 13, co. 3, DPR n. 164/2002, di alcun elemento indicativo della volontà negoziale di fissare o individuare un termine

conclusivo del procedimento . . . suscettibile di dar luogo ad eventuali ritardi e inosservanze”;

- in via subordinata, inammissibilità dell'azione risarcitoria poiché la stessa - laddove si supponesse esistente un termine di conclusione del procedimento - risulterebbe proposta ben oltre la scadenza del termine di 120 giorni, di cui all'art. 30, co. 3 e 4, seconda parte, Cpa (decorrente per gli odierni appellanti dal 16 settembre 2010 e scadente il 14 gennaio 2011). Il termine decadenziale risulterebbe spirato anche laddove “per pura ipotesi si fosse potuto benevolmente riconoscere agli attori il più ampio e favorevole termine di un anno e 120 giorni dall'entrata in vigore del Cpa per la proposizione dell'azione risarcitoria di cui all'art. 30, co. 4, Cpa”, poiché, in quest'ultimo caso, essa avrebbe dovuto essere promossa entro la metà di gennaio 2012;

- inammissibilità della domanda risarcitoria “in considerazione dell'insussistenza di qualsiasi profilo di responsabilità addebitabile all'amministrazione per la presunta inosservanza colposa del termine di conclusione del procedimento..., nonché per l'assenza di qualunque altro tipo di condotta negligenzemente inadempiente, omissiva e/o dilatoria”.

Infine, il Ministero dell'interno ha comunque concluso richiedendo il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

1.5. Dopo il deposito di ulteriori memorie, all'udienza pubblica di trattazione del 21 giugno 2018, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata, con le precisazioni ed integrazioni di motivazione di seguito esposte.

Tale conclusione rende superfluo l'esame delle eccezioni preliminarmente avanzate dal Ministero dell'interno (due delle quali, peraltro - e precisamente la seconda e la quarta di quelle innanzi riportate - pur indicate come eccezioni di inammissibilità, più che attenere al difetto di condizioni dell'azione afferiscono a profili di infondatezza della domanda).

3. Al fine di meglio definire il thema decidendum della presente

controversia, il Collegio ritiene necessario procedere ad alcune puntualizzazioni in ordine alle vicende processuali del presente giudizio.

3.1. Occorre innanzi tutto precisare che il presente giudizio, pur dando luogo a due distinte sentenze (la n. 936/2014, non impugnata, e la n. 996/2016, oggetto del presente giudizio di appello), scaturisce da un unico ricorso (r.g. n. 229/2014).

Con tale ricorso, gli attuali appellanti richiedevano:

- l'accertamento e la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato a seguito del procedimento avviato su loro istanza, volto ad ottenere l'emanazione della determinazione interministeriale ai fini del riconoscimento della posizione di comando, con la corresponsione della relativa indennità, ex art. 13, co. 3, DPR 18 giugno 2002 n. 164;
- l'accertamento e la declaratoria dell'obbligo delle intimate amministrazioni, di concerto tra loro, di adottare la determinazione interministeriale di cui all'articolo citato, entro un termine non superiore a trenta giorni, con nomina di commissario ad acta per il caso di perdurante inerzia;
- l'annullamento e/o la disapplicazione di eventuali atti ostativi;
- "la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento dei danni tutti, per equivalente".

La condotta causativa del danno era individuata dai ricorrenti nell' "avere omesso di corrispondere l'indennità di comando (previa emanazione della determinazione ministeriale finora omessa) e (nell') inerzia anche rispetto alla diffida in data 6 novembre 2013"; tali fatti, secondo i ricorrenti, "obbligano l'amministrazione intimata al risarcimento del danno, che si richiede per equivalente, in via equitativa", fornendo a tal fine "parametri di riferimento" (pag. 15 ric.), sostanzialmente riconducibili ai ratei dell'indennità non percepiti.

Inoltre, i ricorrenti hanno specificato che "ai fini della quantificazione del danno subito dal singolo ricorrente, si osserva come l'indennità di comando in parola avrebbe ex se inciso positivamente sulla retribuzione percepita dai ricorrenti, producendo, inoltre, effetti positivi sul futuro trattamento di quiescenza, indennità di buonuscita, etc." (pag. 16), procedendo (pagg. 16 - 21) alla quantificazione di quanto loro spettante, ivi comprese le somme a titolo di

risarcimento del danno patito.

3.2. Con la sentenza 8 maggio 2014 n. 936, il T.a.r. per il Piemonte “definitivamente pronunciando” ha accolto il ricorso relativamente alla declaratoria di illegittimità del silenzio, poiché “il termine di conclusione del procedimento è scaduto, senza un atto di riscontro”.

Inoltre, la sentenza ha precisato:

“Il Collegio ritiene invece di non pronunciarsi sulla fondatezza della pretesa: secondo l’art. 31, comma 3, del c.p.a., il Giudice, con riguardo alla azione avverso il silenzio, può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata, o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall’Amministrazione. Il G.A., non potendo sostituirsi all’Amministrazione negli accertamenti e nelle scelte ad essa riservati, non può infatti, in nessun caso, “pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”, come dispone il comma 2 dell’art. 34 del c.p.a, come nel caso di specie”.

3.3.1. Successivamente (e precisamente dopo l’emanazione del decreto interministeriale 10 luglio 2015), i ricorrenti depositavano in data 1 febbraio 2016 una “istanza di prelievo” con la quale - premesso che con la sentenza innanzi indicata il Giudice “ha definito con rito camerale l’azione avverso il silenzio”, accogliendo le prime due domande, mentre “la domanda risarcitoria non è stata esaminata”; e che in tal modo il Giudice “avendo definito l’azione avverso il silenzio con rito camerale, s’è avvalso della facoltà ex art. 117, co. 6, Cpa” - chiedevano fissarsi l’udienza per la definizione del giudizio anche con riferimento alla proposta domanda risarcitoria, posto che “l’eventuale accoglimento della domanda risarcitoria consentirebbe ai ricorrenti di ottenere un ristoro - anche solo parziale - del danno economico patito a causa dell’ultradecennale ritardo nell’emissione del provvedimento interministeriale che ha loro riconosciuto il diritto all’indennità”.

3.3.2. A ciò (e nonostante la prima sentenza fosse pronunciata come “definitiva”), è seguita l’ulteriore fase del giudizio, conclusasi con la sentenza n. 996/2016, impugnata nella presente sede dai ricorrenti in I grado, non soddisfatti della pronuncia favorevole ottenuta.

4. Anche alla luce delle particolari vicende processuali come innanzi descritte, il Collegio ritiene vieppiù necessario procedere alla esatta individuazione di quanto ha costituito oggetto del giudizio conclusosi in primo grado con la sentenza impugnata nella presente sede.

Ciò in quanto - come meglio di seguito esposto - il Collegio rileva come vi sia una evidente "divaricazione" tra quanto oggetto delle due pronunce del primo giudice (rispetto alle domande ad esso rivolte) e quanto ora forma oggetto del presente giudizio di appello, per il tramite dei motivi di impugnazione proposti.

Ed a tal fine appare necessario, innanzi tutto, procedere alla esatta individuazione della azione proposta dai ricorrenti con l'originario ricorso instaurativo del giudizio di I grado (tenendo comunque presente che è comunque preclusa a questo Giudice di appello ogni considerazione in ordine all'ambito del giudicato formatosi sulla prima sentenza pronunciata).

4.1 Gli attuali appellanti - pur avendo (anche in appello) qualificato l'azione come "risarcitoria", riferendola agli artt. 2-bis, co. 1, l. n. 241/1990 e 30, co. 4, Cpa - per un verso affermano che essi "hanno lamentato un danno cagionato dal ritardo" (pag. 22 app.); per altro verso affermano come sia "ormai chiarito che il diritto all'indennità preesistesse al provvedimento ricognitivo del 10 luglio 2015 e che quest'ultimo si sia limitato alla mera individualizzazione mediata degli aventi titolo, attuata, cioè, attraverso l'individuazione degli uffici"

Orbene, se il presupposto argomentativo della prospettazione dei ricorrenti è costituito dalla sussistenza di un loro diritto a ricevere l'indennità, che sarebbe direttamente costituito dalla norma (art. 13, co. 3, DPR n. 164/2002), di modo che il "provvedimento" dell'amministrazione avrebbe solo natura ricognitiva, ne consegue allora che ciò che viene (impropriamente) definita "azione risarcitoria" costituisce invece, più propriamente, un'azione di condanna al pagamento di quanto dovuto dalla data di insorgenza del diritto di credito dei pubblici dipendenti e della contestuale obbligazione pecuniaria pubblica a carico dell'amministrazione; di modo che l'eventuale "danno" si configura solo come evenienza ulteriore derivante dal ritardato adempimento dell'obbligazione (nei limiti della prova della sussistenza del medesimo).

Tanto è, in effetti, quanto effettuato dagli attuali appellanti in I grado, i quali - per il tramite del giudizio del silenzio - hanno richiesto sia la declaratoria di

illegittimità di quest'ultimo, sia la corresponsione della relativa indennità, ex art. 13, co. 3, DPR 18 giugno 2002 n. 164 (dalla data di entrata in vigore della norma); sia infine la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno patito, da determinarsi in via equitativa (pur indicando, con qualche contraddizione, come voci di "danno" i ratei di indennità non corrisposta).

4.2. A fronte di ciò, il TAR Piemonte, con la prima delle due sentenze pronunciate, ha:

- in primo luogo riconosciuto l'illegittimità del silenzio, con conseguente obbligo dell'amministrazione a pronunciarsi entro un termine indicato;
- in secondo luogo, non ha ritenuto di pronunciare "sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio" (cioè sulla sussistenza del diritto dei ricorrenti a ricevere l'indennità con conseguente condanna dell'amministrazione al pagamento), e, dunque, ha in sostanza rigettato la relativa domanda;
- infine, non ha pronunciato sulla distinta domanda di risarcimento del danno, da liquidarsi "in via equitativa". E ciò, come è evidente, proprio perché - come dalla stessa sentenza affermato - non si era ritenuto possibile pronunciare "sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio".

4.3. L'unicità del ricorso instaurativo del giudizio e la singolarità del percorso seguito dal giudizio di I grado rendono necessarie alcune puntualizzazioni da parte di questo Giudice di appello.

4.3.1. Occorre premettere che, nella presente sede:

- non è più possibile svolgere alcuna considerazione sulla ammissibilità dell'instaurazione di un giudizio sul silenzio-inadempimento in presenza di rivendicati diritti soggettivi di natura patrimoniale (ammissibilità, come è noto, negata dalla giurisprudenza: Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2018 n. 5184; Sez. III, 22 giugno 2018 n. 3858; Sez. V, 8 maggio 2018 n. 2751 e 6 febbraio 2017, n. 513);
- così come non è più possibile svolgere alcuna considerazione sulla legittimità della seconda pronuncia, dopo che la prima era stata assunta come "definitiva" e dopo che la domanda di risarcimento del danno era stata oggetto di una "non pronuncia" (corrispondente ad una sostanziale reiezione).

Tali considerazioni non possono essere effettuate, sia per effetto del passaggio in giudicato della prima decisione del T.a.r. per il Piemonte, sia per difetto di motivo di appello incidentale sulla seconda decisione.

4.3.2. Appare evidente come con la prima pronuncia il T.a.r. abbia ritenuto (in evidente favor per la conservazione del ricorso):

- sussistenti interessi legittimi (altrimenti non avrebbe potuto pronunciare sul silenzio);
- non accertabile la fondatezza della pretesa, poiché, nel caso di specie, non ricorreva attività vincolata, ma discrezionale ed abbisognevole di ulteriori adempimenti istruttori.

In sostanza, occorre osservare:

- o, come sostenuto dagli attuali appellanti, la posizione per la quale si è richiesta tutela per il tramite del giudizio sul silenzio, è di diritto soggettivo (di modo che l'attività dell'amministrazione era di tipo meramente accertativo), ed allora il ricorso avrebbe - ma non è stato - dovuto essere dichiarato inammissibile;
- ovvero, come desumibile dalla prima sentenza, la posizione era di interesse legittimo, con conseguente censurabilità del silenzio serbato dall'amministrazione (che è stato, per l'appunto, dichiarato illegittimo), dovendosi l'attività di quest'ultima qualificare come di natura costitutiva (e così è stato, avendo il primo Giudice escluso di poter valutare la "fondatezza della pretesa"), ed allora le ulteriori domande proposte non avrebbero potuto trovare accoglimento (così come è stato).

Ciò che si intende affermare è che la sentenza n. 936/2014 - pur dando atto della "concisione" di alcuni passaggi motivazionali della medesima - ha ritenuto ammissibile l'azione sul silenzio ed ha qualificato le posizioni dedotte in giudizio come di interesse legittimo: in tale contesto, la impossibilità di giudicare della "fondatezza della pretesa" (con uso tecnicamente non condivisibile di tale termine) rendeva anche impossibile giudicare della domanda di risarcimento del danno (e non a caso la sentenza n. 936/2014 è definita, nel dispositivo, come "definitiva").

Tali conclusioni cui è pervenuta la citata sentenza n. 936/2014 non coincidono, in

realità, con la prospettazione offerta dai ricorrenti con il ricorso introduttivo, i quali se, per un verso, hanno azionato il giudizio sul silenzio, hanno per altro verso ritenuto (come innanzi esposto), anche testualmente, la propria posizione come di diritto soggettivo di natura patrimoniale, fondato direttamente dalla norma, ed a fronte della quale vi era non già esercizio di potere costitutivo dell'amministrazione, ma mera attività di ricognizione dei (già) aventi diritto e delle somme loro spettanti, per diretto effetto di legge.

Tuttavia, le conclusioni cui è pervenuta la prima sentenza non hanno formato oggetto di impugnazione, avendo gli attuali appellanti, mediante l'istanza di prelievo del 1 febbraio 2016, richiesto la pronuncia del primo Giudice sulla (a loro dire non esitata) domanda di risarcimento del danno.

Ma giova subito osservare che qualificare - come fanno gli appellanti - come "risarcitoria" l'azione ed assumere l'esistenza di un "danno" corrispondente, sostanzialmente, ai ratei dell'indennità non percepiti ed alla "maggior somma" da determinarsi a fini pensionistici e di buonuscita, significa implicitamente ritenere che la posizione giuridica di diritto soggettivo patrimoniale venga costituita dal provvedimento dell'amministrazione, sussistendo prima della sua emanazione solo una posizione di interesse legittimo in capo a soggetti che assumono di poter essere beneficiati dall'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione medesima, all'emanazione del provvedimento (il decreto interministeriale).

Ma tali premesse conducono proprio ad escludere la sussistenza di un "diritto" a percepire l'indennità fin dal 2002 e, dunque, la sussistenza di una lesione (e quindi del diritto al risarcimento del danno) di una posizione non ancora costituita.

4.4. Proprio tenendo conto di quanto desumibile dalla prima delle sentenze pronunciate sul medesimo ricorso (in disparte ogni altra considerazione impedita dal giudicato), si riesce a comprendere:

- sia, sul piano processuale, la nuova fissazione di udienza per decidere sulla domanda di risarcimento del danno (che i ricorrenti definiscono "tuttora pendente"), pur impropriamente affermandosi, in sentenza, che i ricorrenti avrebbero richiesto, con l'istanza del 1 febbraio 2016 (che è una istanza di prelievo), la "conversione del rito";

- sia, sul piano sostanziale, le ragioni che hanno portato la sentenza impugnata (pur senza che la stessa ne faccia oggetto di specifica argomentazione):

- per un verso, a prendere atto che “i ricorrenti quantificano l’ammontare del risarcimento nella misura dell’indennità che sarebbe loro spettata se la stessa fosse stata corrisposta dal 1 gennaio 2002” e, posto che “l’indennità è stata corrisposta, possono essere risarciti solo i danni conseguenti al ritardo con cui l’amministrazione ha riscontrato la domanda dei ricorrenti”;

- per altro verso, ad affermare (in apparente contraddizione) che i ricorrenti “chiedono anche il risarcimento del danno, senza tuttavia indicare le voci di danno né indicare criteri per la quantificare detti danni”.

Tali ragioni sono da ricercare nel fatto che, ritenute le posizioni azionate come di interesse legittimo e quindi l’attività dell’amministrazione, in attuazione dell’art. 13, co. 3, DPR n. 164/2002, come di natura costitutiva, il primo Giudice ha ritenuto di non poter accogliere la domanda riferita alla corresponsione delle indennità antecedenti al decreto interministeriale:

- sia in quanto tale domanda non ha fondamento (se il decreto ha natura costitutiva, è dalla sua adozione che sorge il diritto patrimoniale alla percezione dell’indennità), che si qualifichi detta domanda come domanda di condanna all’adempimento dell’obbligazione pecuniaria, ovvero come domanda di condanna al risarcimento del danno;

- sia in quanto il primo Giudice, non pronunciandosi su di essa per le ragioni addotte, la aveva già sostanzialmente respinta (nell’ambito e nei limiti del giudizio sul silenzio).

Viceversa, la sentenza impugnata ha - proprio in coerenza con le premesse innanzi esplicitate - riconosciuto la sussistenza di un danno, ma affermando che, poiché “l’indennità è stata corrisposta, possono essere risarciti solo i danni conseguenti al ritardo con cui l’amministrazione ha riscontrato la domanda dei ricorrenti” (determinandosi tali danni negli interessi al tasso legale su quanto corrisposto, incrementato della rivalutazione monetaria nei termini indicati).

5. Tutte le ragioni innanzi esposte rendono evidente l’infondatezza dei motivi di appello sintetizzati (sub lett. a) e b) dell’esposizione in fatto), poiché l’esistenza di un danno come lamentato e quantificato dagli appellanti

“urta” con la natura costitutiva dell’attività dell’amministrazione, già affermata nella prima delle due sentenze pronunciate nel giudizio di I grado, residuando nella “seconda parte” del giudizio solo i profili (ulteriori) che hanno formato oggetto della decisione stessa e della conseguente condanna dell’amministrazione, nei limiti nella medesima sentenza indicati.

6. In ogni caso, i motivi di appello sono infondati anche per le ulteriori, concorrenti ragioni di seguito esposte.

6.1. Come è noto, l’art. 2-bis l. n. 241/1990 prevede due distinte ipotesi di risarcimento del danno:

- la prima, afferente al “danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inosservanza dolosa o colposa del termine del procedimento” (art. 2-bis, co. 1, l. n. 241/1990);

- la seconda afferente al danno derivante di per sé dal fatto stesso di non avere l’amministrazione provveduto entro il termine prescritto, nelle ipotesi e alle condizioni previste (art. 2-bis, co. 1-bis).

6.1.1. Orbene, l’art. 2-bis, co. 1, prevede la possibilità di risarcimento del danno da ritardo/inerzia dell’amministrazione nella conclusione del procedimento amministrativo non già come effetto del ritardo in sé e per sé, bensì per il fatto che la condotta inerte o tardiva dell’amministrazione sia stata causa di un danno altrimenti prodottosi nella sfera giuridica del privato che, con la propria istanza, ha dato avvio al procedimento amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2016 n. 4028).

Il danno prodottosi nella sfera giuridica del privato, e del quale quest’ultimo deve fornire la prova sia sull’an che sul quantum (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2016 n. 3059), deve essere riconducibile, secondo la verifica del nesso di causalità, al comportamento inerte ovvero all’adozione tardiva del provvedimento conclusivo del procedimento, da parte dell’amministrazione. E ciò sempre che, nell’ipotesi ora considerata, la legge non preveda, alla scadenza del termine previsto per la conclusione del procedimento, un’ipotesi di silenzio significativo (Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2016 n. 2019).

In particolare, come la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (cfr.

C.g.a., 16 maggio 2016 n. 139; Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2016 n. 1768; sez. V, 9 marzo 2015 n. 1182; sez. IV, 22 maggio 2014 n. 2638): “l’ingiustizia e la sussistenza stessa del danno non possono in linea di principio presumersi iuris tantum, in meccanica ed esclusiva relazione al ritardo o al silenzio nell’adozione del provvedimento amministrativo, ma il danneggiato deve, ex art. 2697 c.c., provare tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda e, in particolare, sia dei presupposti di carattere oggettivo (prova del danno e del suo ammontare, ingiustizia dello stesso, nesso causale), sia di quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante)”

In definitiva, benché l’art. 2-bis cit., rafforzi la tutela risarcitoria del privato nei confronti della pubblica amministrazione, “la domanda deve essere comunque ricondotta nell’alveo dell’art. 2043 c.c. per l’identificazione degli elementi costitutivi della responsabilità”.

Tale impostazione ha ricevuto l’avallo indiretto della Corte di Cassazione (cfr. Sezioni unite civili, ordinanza 17 dicembre 2018, n. 32620 che hanno confermato la sentenza del Consiglio di Stato, sezione V, 22 settembre 2016, n. 3920); nella fattispecie è stato chiarito, sia pure nella peculiare prospettiva del giudizio su questione di giurisdizione, che:

- 1. a) il riconoscimento del danno da ritardo - relativo ad un interesse legittimo pretensivo - non è avulso da una valutazione di merito della spettanza del bene sostanziale della vita e, dunque, dalla dimostrazione che l’aspirazione al provvedimento fosse probabilmente destinata ad un esito favorevole, posto che l’ingiustizia e la sussistenza del danno non possono presumersi iuris tantum in relazione al mero fatto temporale del ritardo o del silenzio nell’adozione del provvedimento;**
- 2. b) l’ingiustizia del danno non può prescindere dal riferimento alla concreta spettanza del bene sostanziale al cui conseguimento il procedimento è finalizzato (nella specie era incontrovertito che l’originario progetto non era stato autorizzato e non avrebbe potuto esserlo stante il negativo giudizio su di esso espresso dalla direzione regionale per i beni culturali e paesaggistici del Molise).**

6.1.2. Tale configurazione del danno da ritardo non muta alla luce della

recente sentenza dell'Adunanza Plenaria 4 maggio 2018 n. 5, secondo la quale, con l'art. 2-bis cit. "il legislatore - superando per tabulas il diverso orientamento in passato espresso dalla sentenza dell'Adunanza plenaria 15 settembre 2005, n. 7 - ha introdotto la risarcibilità (anche) del c.d. danno da mero ritardo, che si configura a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento (ad esempio, il diniego di autorizzazione o di altro provvedimento ampliativo adottato legittimamente, ma violando i termini di conclusione del procedimento).

Il danno deriva dalla lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale: il ritardo nell'adozione del provvedimento genera, infatti, una situazione di incertezza in capo al privato e può, dunque, indurlo a scelte negoziali (a loro volta fonte di perdite patrimoniali o mancati guadagni) che non avrebbe compiuto se avesse tempestivamente ricevuto, con l'adozione del provvedimento nel termine previsto, la risposta dell'amministrazione.

Anche in questo caso viene, quindi, in rilievo un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini "perentori"), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali.

Non si tratta, a differenza, dell'indennizzo forfettario introdotto in via sperimentale dal comma 1-bis dello stesso articolo 2-bis (inserito dall'art. 28, comma 9, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98), di un ristoro automatico (collegato alla mera violazione del termine): è, infatti, onere del privato fornire la prova, oltre che del ritardo e dell'elemento soggettivo, del rapporto di causalità esistente tra la violazione del termine del procedimento e il compimento di scelte negoziali pregiudizievoli che non avrebbe altrimenti posto in essere.....

....l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 . . . sottrae il tempo del procedimento alla disponibilità dell'amministrazione e, di conseguenza, riconosce che la pretesa al rispetto del termine assume la consistenza di un diritto soggettivo (un modo di essere della libertà di autodeterminazione negoziale) a fronte della quale l'amministrazione non dispone di un potere ma è gravata da un obbligo".

Come è dato osservare, l'Adunanza plenaria riconosce il danno da ritardo "a prescindere dalla spettanza del bene della vita sotteso alla posizione di interesse legittimo su cui incide il provvedimento adottato in violazione del termine di conclusione del procedimento", ricollegandolo alla "lesione del diritto soggettivo di autodeterminazione negoziale" e subordinandolo, comunque, a rigorosi oneri di allegazione e prova dell'elemento soggettivo e del nesso di causalità.

Tale ricostruzione presuppone di regola, come è evidente, la natura imprenditoriale del soggetto che assume essere stato lesa dal ritardo dell'amministrazione nell'emanazione del provvedimento (ancorché legittimamente di segno negativo), dovendosi invece ritenere che, negli altri casi, sia indispensabile la prova della spettanza del bene della vita cui si ricollega la posizione di interesse legittimo (Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 2018 n. 6266; Sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2624, Sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 240, 23 giugno 2017, n. 3068, 2 novembre 2016, n. 4580, 6 aprile 2016, n. 1371).

6.1.3. Perché, dunque, possa parlarsi di una condotta della Pubblica Amministrazione causativa di danno da ritardo, oltre alla concorrenza degli altri elementi costitutivi della responsabilità ex art. 2043 c.c., occorre che esista, innanzi tutto, un obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine definito dalla legge a fronte di una fondata posizione di interesse legittimo ad ottenere il provvedimento tardivamente emanato.

E tale obbligo di provvedere sussiste, ai sensi del comma 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990, laddove vi sia un obbligo di procedere entro un termine definito ("ove il provvedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio . . .").

Al contempo, deve ritenersi che - sussistendo i suddetti presupposti - il danno da ritardo, di cui all'art. 2-bis l. n. 241/1990, può configurarsi anche nei casi in cui il procedimento debba essere avviato di ufficio (e, dunque, vi sia l'obbligo di concluderlo).

Ciò si desume, oltre che da ragionevoli argomentazioni di ordine generale, dalla evidente differenza letterale tra i primi due commi dell'art. 2-bis, dove solo il secondo di essi (co. 1-bis), si riferisce espressamente al procedimento ad istanza di parte.

Ma, in questo caso, occorre sia la chiara previsione normativa di un termine per l'avvio e per la conclusione del procedimento (supplendo in questo secondo caso, in difetto di previsione, il termine generale di cui all'art. 2, co.2, l. n. 241/1990), sia l'esistenza di una posizione di interesse legittimo che, come tale, presuppone la natura provvedimento dell'atto medesimo.

6.2. Nel caso di specie, non ricorre alcuno dei due presupposti innanzi indicati.

6.2.1. L'art. 13, co. 3 DPR 18 giugno 2002 n. 164 (recante "Recepimento dell'accordo sindacale per le Forze di polizia ad ordinamento civile e dello schema di concertazione per le Forze di polizia ad ordinamento militare relativi al quadriennio normativo 2002-2005 ed al biennio economico 2002-2003"), prevede:

"Ai fini della prevista corresponsione dell'indennità di comando navale per il personale che riveste funzioni e responsabilità corrispondenti al comando di singole unità o gruppi di unità navali, di cui all'articolo 10 della legge sulle indennità operative, si provvede all'individuazione dei titolari di comando con determinazione delle singole Amministrazioni interessate di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze".

In modo analogo dispone il successivo art. 52, con riferimento specifico alle Forze di Polizia.

Orbene, né le disposizioni innanzi indicate, né l'art. 10, l. 23 marzo 1983 n. 78, cui le stesse fanno riferimento, impone alla Pubblica Amministrazione un termine per l'avvio obbligatorio del procedimento volto all'individuazione dei titolari di comando".

Anzi, a ciò va aggiunto che il successivo art. 9, co. 35 d.l. 31 maggio 2010 n. 79 (conv. in l. 30 luglio 2010 n. 122) prescrive che l'art. 52, co., 3, cit. "si interpreta nel senso che la determinazione ivi indicata, nell'individuare il contingente di personale, tiene conto delle risorse appositamente stanziare".

6.2.2. Tale ultima disposizione costituisce, a tutta evidenza, conferma della natura discrezionale del potere di individuazione attribuito all'amministrazione, come tale di natura costitutiva, e quindi dell'insussistenza di un preteso diritto all'indennità derivante direttamente dal DPR n. 162/2002.

D'altra parte, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (tra le molte, Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2014 n. 4174; 6 aprile 2012 n. 2049; 2 febbraio 2012 n. 610), ha già avuto modo di affermare che l'individuazione degli ufficiali e sottufficiali che espletano funzioni di comando, presupposto indefettibile ai fini della corresponsione dell'indennità supplementare di comando di cui al più volte menzionato art. 10, non discende direttamente dalla suddetta legge, ma passa attraverso un atto di normazione secondaria, che si esplica mediante un provvedimento amministrativo di natura costitutiva e non meramente ricognitiva.

Si è a tal fine precisato:

"La giurisprudenza in materia, dalla quale questo Collegio non ritiene di discostarsi, si fonda sull'affermazione che l'individuazione degli ufficiali e sottufficiali che espletano funzioni di comando, presupposto indefettibile ai fini della corresponsione dell'indennità supplementare di comando di cui all'art. 10 comma 2, l. 23 marzo 1983 n. 78, non discende direttamente dalla suddetta legge, ma passa attraverso un atto di normazione secondaria, che si esplica mediante un provvedimento amministrativo di natura costitutiva e non meramente ricognitiva; pertanto, il giudice amministrativo non può sostituirsi all'amministrazione, procedendo direttamente all'individuazione predetta (Consiglio di Stato, sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4608). In dettaglio, l'individuazione delle funzioni di comando a cui connettere la detta indennità richiede un provvedimento amministrativo di natura costitutiva e non meramente ricognitiva, così che il decreto interministeriale attuativo . . . rappresenta un passaggio obbligato per rendere operativa la previsione normativa primaria".

Né risulta praticabile "un'estensione dell'ambito applicativo della norma in base alla mera interpretazione ed applicazione di una circolare, emanata peraltro da

un organo sotto ordinato”

6.2.3. Appare evidente come, fintanto che non vi sia stata l'adozione del previsto decreto interministeriale di adozione, non sorga, in capo ai soggetti preposti agli uffici individuati, il diritto di credito inerente l'indennità in esame. Né, a maggior ragione, in difetto di posizione soggettiva costituita, può sussistere un danno da ritardo.

E ciò anche in ulteriore considerazione della mancata previsione di un termine entro il quale l'amministrazione avrebbe dovuto adottare l'atto di ricognizione.

7. Per tutte le ragioni esposte, i motivi di appello sono infondati e devono essere, pertanto, respinti, con conseguente conferma della sentenza impugnata, con le integrazioni di motivazione innanzi riportate.
8. Stante la novità e complessità delle questioni trattate ed il peculiare andamento del processo in primo grado, sussistono eccezionali motivi per compensare tra le parti spese ed onorari di giudizio.

Contratto di Locazione e registrazione tardiva con effetto sanante

Cass. civ., sez. III, Ordinanza 20 dicembre 2018, n. 32934 - Pres. Vivaldi, Rel. Scrima

Il contratto di locazione di immobili ad uso abitativo, ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, della l. n. 311 del 2004, ma, in caso di tardiva registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza "ex tunc", sia pure limitatamente al periodo di durata del rapporto indicato nel contratto successivamente registrato.

[Nel caso la Sezione - richiamato il disposto dell'art. 1, comma 346, della legge n.311/04, per cui, indipendentemente dall'uso abitativo o meno cui l'immobile sia

destinato, i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, essi non sono registrati - ha ribadito il principio di diritto di cui alla sentenza delle Sezioni Unite n. 23601/17 (ovverosia la registrazione tardiva sana la nullità *ex tunc*), limitandone però la portata nei sensi di cui alla massima.].

[Clicca qui per la sentenza completa](#)

Azione risarcitoria conseguente all'annullamento giurisdizionale del provvedimento lesivo: la precisazione dei relativi termini

Tar Catanzaro, sez. II, 9 gennaio 2019, n. 37 - Pres. Durante, Est. Levato

(1) *La legittimazione a presentare “nel corso del giudizio” caducatorio la domanda risarcitoria, per il tramite di motivi aggiunti, può essere riconosciuta al solo ricorrente che abbia chiesto l'annullamento dell'atto illegittimo ai sensi dell'art. 29 c.p.a., ferma la facoltà per il medesimo di agire per il ristoro entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della “relativa sentenza”, con chiara ed univoca inerenza tra il giudizio di annullamento da lui coltivato e la conseguente pronuncia.*

(2) *Il vigente regime processuale ammette quindi in fase di ottemperanza solo l'azione risarcitoria per i pregiudizi intervenuti successivamente all'inoppugnabilità della sentenza, a conferma della distinta efficacia del giudicato annullatorio sul piano dell'utilità sostanziale e sul piano del differimento del decorso del termine decadenziale previsto dal comma 5 dell'art. 30 c.p.a.*

[Il TAR - premesso che il ricorrente asseritamente leso dall'attività amministrativa illegittima, ove non proponga azione autonoma ex art. 30, comma 3, c.p.a., è onerato ad agire per ristoro dei danni entro centoventi dal passaggio in giudicato della sentenza che, accogliendo la domanda caducatoria avanzata dallo stesso, abbia annullato l'atto amministrativo, quale preconditione necessaria per l'integrazione di un contegno illecito della p.a. ai sensi dell'art. 2043 c.c. - ha supportato il principio di diritto di cui alle massime sulla base dell'assunto per cui la ratio sottesa alla riportata interpretazione, basata sulla littera legis, si rinviene dell'esigenza di circoscrivere il favor del termine più ampio per la proposizione della domanda di risarcimento nei riguardi del solo ricorrente, che con diligenza abbia già agito per la caducazione dell'atto amministrativo illegittimo].

FATTO e DIRITTO

1. L'Avv. Agostino Rosselli è un dipendente del Comune di Cosenza inquadrato nella categoria D, posizione economica D6, con funzioni di Responsabile di alta professionalità, presso l'ufficio dell'Avvocatura comunale.

Il ricorrente espone di aver partecipato al concorso pubblico a 4 posti di dirigente amministrativo, indetto dall'Ente territoriale con delibera di giunta municipale n. 124/2009, collocandosi al quarto posto della graduatoria provvisoria, approvata in via definitiva con determina dirigenziale n. 120 del giorno 8.08.2018, in esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato n. 3387 del 5.06.2018.

La menzionata graduatoria provvisoria unitamente all'intera procedura selettiva era stata infatti inizialmente revocata con provvedimento n. 1276 del 27.07.2011. Avverso il citato atto di ritiro proponevano distinti ricorsi alcuni vincitori e tali gravami, rigettati dal T.a.r., erano poi accolti dal Consiglio di Stato, il quale, previa riunione degli appelli, con la menzionata decisione ha statuito che "nell'eseguire la presente sentenza il Comune di Cosenza dovrà approvare le graduatorie dei concorsi illegittimamente revocati e procedere all'immissione in ruolo dei vincitori, sulla base dei posti dirigenziali in organico disponibili".

Ciò chiarito, il deducente -con impugnazione notificata il giorno 8.08.2018 e depositata in pari data- agisce ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a. al fine di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dalla illegittima revoca del concorso, quantificati nella misura complessiva di 492.085,37 euro, cifra corrispondente ai mancati emolumenti della posizione retributiva di dirigente, nonché alla perdita di chances di progressione di carriera, che il ricorrente avrebbe potuto conseguire con il passaggio ad altra amministrazione di maggiore importanza per dimensioni e competenze affidate o mediante incarico dirigenziale di secondo livello.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Cosenza, che deduce la tardività del gravame e ne chiede comunque il rigetto.
3. All'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.
4. In via preliminare si impone l'esame dell'eccezione della difesa comunale, che prospetta l'irricevibilità della domanda di ristoro.

Il rilievo processuale è fondato.

Giova rammentare che il regime giuridico dell'azione risarcitoria dei danni causati dall'attività amministrativa illegittima è contenuto nell'art. 30 c.p.a. Il comma 3 della citata disposizione prevede, in particolare, la domanda autonoma di ristoro per lesione di interessi legittimi, da proporsi entro il termine di decadenza di centoventi giorni, decorrente dal giorno in cui si è verificato il fatto ovvero dalla conoscenza del provvedimento, qualora il pregiudizio derivi da questo. Se è esperita l'azione di annullamento, la domanda di risarcimento può essere formulata nel corso del giudizio caducatorio o, dopo la sua conclusione, entro centoventi giorni decorrenti dal giudicato, giusta il comma 5 dell'art. 30 c.p.a.

In base alla menzionata disciplina, quindi, il ricorrente asseritamente leso dall'attività amministrativa illegittima, ove non proponga azione autonoma ex art. 30, comma 3, c.p.a., è onerato ad agire per ristoro dei danni entro centoventi dal passaggio in giudicato della sentenza che, accogliendo la domanda caducatoria avanzata dallo stesso, abbia annullato l'atto amministrativo, quale condizione necessaria per l'integrazione di un contegno illecito della p.a. ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Tanto chiarito, nella vicenda in esame il deducente ha presentato domanda risarcitoria ex art. 30, comma 5, c.p.a. senza avere tuttavia chiesto l'annullamento della determina dirigenziale n. 1276/2011 e ciò sull'assunto che la sentenza del Consiglio di Stato n. 3387 del 5.06.2018, con la quale si è formato il giudicato caducatorio, abbia determinato un differimento del dies a quo di decorso del termine decadenziale anche nei suoi confronti, poiché soggetto intimato nei giudizi annullatori e quindi parte degli stessi.

Ritiene tuttavia il Collegio che il richiamato differimento del dies a quo per il decorso del termine decadenziale -previsto dal comma 5 dell'art. 30 c.p.a.- sia strettamente correlato alla circostanza che l'inoppugnabile pronuncia di annullamento derivi da un'azione proposta dal medesimo deducente che poi insta anche per il ristoro dei pregiudizi subiti.

Il descritto ed inscindibile legame si evince dal tenore letterale della norma, la quale -sul presupposto che sia stata esperita azione di annullamento ad opera del danneggiato- consente a quest'ultimo di agire per il ristoro del pregiudizio lamentato "nel corso del giudizio o, comunque, sino centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza".

Ad ogni evidenza, infatti, la legittimazione a presentare "nel corso del giudizio" caducatorio la domanda risarcitoria, per il tramite di motivi aggiunti, può essere riconosciuta al solo ricorrente che abbia chiesto l'annullamento dell'atto illegittimo ai sensi dell'art. 29 c.p.a., ferma la facoltà per il medesimo di agire per il ristoro entro centoventi giorni dal passaggio in giudicato della "relativa sentenza", con chiara ed univoca inerenza tra il giudizio di annullamento da lui coltivato e la conseguente pronuncia.

La ratio sottesa alla riportata interpretazione, basata sulla littera legis, si rinviene dell'esigenza di circoscrivere il favor del termine più ampio per la proposizione della domanda di risarcimento nei riguardi del solo ricorrente, che con diligenza abbia già agito per la caducazione dell'atto amministrativo illegittimo.

In senso contrario a quanto espresso non assume rilievo la qualità del

deducente di cointeressato nel giudizio annullatorio riguardante la statuizione di revoca.

Tale posizione non ha infatti registrato alcun riscontro in sede processuale né con l'esperimento dell'azione di annullamento né con un intervento ad adiuvandum ai sensi dell'art. 28 c.p.a.

Peraltro, l'ipotetico intervento -di per sé comunque non sufficiente ex art. 30, comma 5, c.p.a.-, sarebbe stato di dubbia ammissibilità, stante appunto l'identità di interessi tra i ricorrenti nel processo caducatorio dell'atto di ritiro e l'odierno deducente, ed il conseguente rischio che detto intervento inverasse un'elusione del perentorio termine di impugnazione cristallizzato nell'art. 41, comma 2, c.p.a.

Parimenti, la circostanza che il ricorrente sia stato intimato nei giudizi di annullamento del provvedimento di revoca e sia indicato formalmente tra le parti nella pronuncia del Consiglio di Stato n. 3387/2018 non è di per sé idonea a legittimare l'azione di cui all'art. 30, comma 5, c.p.a.

Infatti, sebbene il giudicato caducatorio dell'illegittima revoca abbia prodotto effetti vantaggiosi sul piano sostanziale per tutti i partecipanti alla procedura selettiva utilmente collocati in graduatoria, tra cui il deducente, analoghi effetti non si rinvergono sul versante processuale della dilatazione temporale del termine decadenziale previsto dall'art. 30, comma 5 che, secondo quanto rilevato, trova una limitata applicazione nei soli riguardi del danneggiato che abbia agito per l'annullamento.

Nella delineata prospettiva, giova richiamare la disciplina civilistica prevista dall'art. 1310, comma 1, c.c., che nella diversa ipotesi del termine di prescrizione estende gli effetti favorevoli degli atti interruttivi posti in essere da un debitore o creditore in solido anche nei confronti degli altri debitori o creditori, mentre, di contro, l'art. 2964, comma 1, c.c. pone un limite all'estensione del più vantaggioso regime giuridico prescrizioneale ove ricorra un termine decadenziale, statuendo che "quando un diritto deve esercitarsi entro un dato termine sotto pena di decadenza, non si applicano le norme relative all'interruzione della prescrizione".

Da ultimo, con riferimento all'indicata e ritenuta esperibilità ad opera del deducente dell'actio iudicati per l'esecuzione della sentenza del Consiglio di

Stato, torna utile evidenziare che, in esito alla riforma introdotta dal D. Lgs. n. 195/2011, è stato abrogato il comma 4 dell'art. 112 c.p.a., previsione foriera di molteplici perplessità in ambito dottrinale e giurisprudenziale, che in sede di ottemperanza consentiva al ricorrente di agire anche per il ristoro, non richiesto in pendenza del giudizio di legittimità, dei danni pregressi al giudicato.

Il vigente regime processuale ammette quindi in fase di ottemperanza solo l'azione risarcitoria per i pregiudizi intervenuti successivamente all'inoppugnabilità della sentenza, a conferma della distinta efficacia del giudicato annullatorio sul piano dell'utilità sostanziale e sul piano del differimento del decorso del termine decadenziale previsto dal comma 5 dell'art. 30 c.p.a.

In ragione di quanto esposto, pertanto, il ricorrente avrebbe dovuto agire in via autonoma per il risarcimento dei danni, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. nel perentorio termine di centoventi giorni dalla conoscenza della revoca della procedura selettiva, cosicché la domanda si palesa tardiva.

5. Il ricorso è quindi irricevibile.

6. La soccombenza formale derivante dalla decisione in rito consente di compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara irricevibile.

Spese compensate.

Ineleggibilità nelle elezioni dei consigli degli ordini forensi degli avvocati che abbiano già espletato due mandati consecutivi

Cass. civ., sez. un, 19 dicembre 2018, n. 32781 - Pres. Mammone, Rel. De Stefano

In tema di elezioni dei Consigli degli ordini circondariali forensi, la disposizione dell'art. 3, comma 3, secondo periodo, della l. n. 113 del 2017, in base alla quale i consiglieri non possono essere eletti per più di due mandati consecutivi, si intende riferita anche ai mandati espletati solo in parte prima della sua entrata in vigore, con la conseguenza che, a far data dall'entrata in vigore di detta legge (21 luglio 2017) e fin dalla sua prima applicazione in forza del comma 3 del suo art. 17, non sono eleggibili gli avvocati che abbiano già espletato due mandati consecutivi (esclusi quelli di durata inferiore al biennio ex art 3, comma 4, della legge citata) di componente dei Consigli dell'ordine, pure se anche solo in parte sotto il regime anteriore alla riforme di cui alle leggi n. 247 del 2012 e n. 113 del 2017.

[Nel caso le Sezioni Unite hanno supportato il principio di diritto di cui in massima con l'affermazione per cui la regola dell'ineleggibilità originaria dei consiglieri che abbiano già svolto due mandati consecutivi vada interpretata, in conformità alle linee ermeneutiche già adottate in altre materie elettorali o ad esse equiparabili, nel senso che, entrata in vigore una norma che pone quale requisito di eleggibilità l'assenza di esiti o conseguenze di condotte o di fatti verificatisi anche solo parzialmente in precedenza, in difetto di espressa chiara norma in contrario, il requisito deve sussistere pure in riferimento a quei fatti e quelle condotte già verificatisi in tempo anteriore e, così, pure prima dell'entrata in vigore delle norme che li assumevano a presupposti ostativi all'eleggibilità (e cioè prima del 21/07/ 2017, giorno successivo alla pubblicazione della Legge 113/17 sulla Gazzetta Ufficiale n. 168 del 20/07/2017, secondo la

previsione del suo art. 20)].

[Clicca qui per la sentenza completa](#)

La nullità c.d. selettiva nel contratto d'intermediazione finanziaria privo della forma scritta ed eventuale restituzione alla banca delle utilità derivanti da tutte le operazioni effettuate in adempimento del contratto quadro

Note a margine di Cassazione civile, sez. I, ord. 02/10/2018, n. 23927

1. Brevi cenni sulla nullità di protezione.

È noto che la nullità di protezione è quella peculiare forma di nullità *“caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta, potendo essere fatta valere dal solo soggetto nel cui interesse è prevista, e della rilevabilità d’ufficio subordinata alla verifica dell’utilità pratica che ne potrebbe derivare al soggetto protetto”*^[1].

Tale assetto è solo apparentemente contraddittorio ove si rilevi la *ratio* della categoria, individuata - già dalla dottrina maggioritaria e poi anche dalla giurisprudenza^[2] - nel c.d. *ordine pubblico di protezione*, ossia in un complesso di

norme tese a tutelare determinati soggetti giuridici appartenenti a ceti o gruppi sociali caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e vulnerabilità e che conseguentemente necessitano di una specifica protezione da parte del legislatore.

È stato, invero, chiarito che - coerentemente all'appartenenza al *genus* nullità - anche quelle c.d. di protezione sono "volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (...), ovvero le stesse regole di mercato"; di qui l'affermazione per la quale le "nullità di protezione si caratterizzano per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, ...) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti) ...", il che spiega il carattere relativo della legittimazione a far valere la violazione di tali norme e, al contempo, potere-dovere del giudice di rilevarle d'ufficio[3].

In considerazione del doppio binario su cui viaggia tale forma di invalidità si è, di recente, affermato che "**la nullità di protezione è, nel contempo, strumento di governo degli scambi e mezzo di tutela degli interessi di una delle parti del contratto rispetto a situazioni di "irrazionalità" (...) che ne compromettono la libertà di scelta**"^[4].

2. La nullità di protezione e il principio di buona fede: il problema della nullità c.d. selettiva.

Fatte tali generali premesse sul peculiare modo di atteggiarsi della nullità di protezione, negli ultimi tempi, si è sviluppata negli interpreti l'esigenza di scongiurare il pericolo di uno sfruttamento "opportunistico" della normativa di protezione per il conseguimento di risultati iniqui per il contraente tutelato[5].

È stato, invero, rilevato in giurisprudenza che quest' "arma di tutela" del contraente debole debba necessariamente contemperarsi con il fondamentale principio della buona fede, quale "**secolare portato di civiltà giuridica ex art. 1375 c.c.**"[6], onde evitare che la nullità di protezione possa essere divenire strumento teso al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli concepiti dal legislatore.

La problematica si è posta, di recente, in tema di contratti di investimento, con

specifico riguardo alla **possibilità per l'investitore di far valere la nullità del contratto-quadro, privo dei requisiti formali *ad substantiam*, solo rispetto ad alcuni degli ordini di investimento effettuati in adempimento del contratto nullo.**

Si discorre a riguardo di **"uso selettivo della nullità" o nullità c.d. "selettiva"**.

La questione della forma dei contratti di investimento è stata oggetto di cognizione da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte[7], chiamata a stabilire se il requisito della forma scritta del contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento - prescritto dall'art. 23 del T.U.F. - esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario.

Muovendo dalla *ratio* sottesa alle prescrizioni formali previste dall'art. 23 cit. - consistenti nella redazione per iscritto del contratto di investimento e la consegna della scrittura al cliente - funzionali *"ad assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, ed altro come specificamente indicato"*[8], le citate Sezioni Unite[9] approdano alla conclusione che il *"requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti"*.

Acclarato che ai fini della validità del contratto di investimento è necessario e sufficiente ad integrare il requisito formale la sottoscrizione dell'investitore e la consegna allo stesso del documento e che il difetto di forma c.d. di protezione comporta una nullità che può essere fatta valere solo dall'investitore medesimo, si pone, a questo punto, il problema di stabilire **se è legittima la domanda del contraente protetto tesa ad ottenere la nullità solo di alcuni ordini di investimento o, di converso, se è ammissibile la domanda riconvenzionale della banca volta ad ottenere dal risparmiatore le cedole, i dividendi ed ogni altra utilità derivanti da tutte le operazioni effettuate nel tempo per**

effetto della caducazione del contratto.

La “rilevanza e la delicatezza della questione, nella quale temi specifici della contrattazione finanziaria incrociano profili più generali del diritto delle obbligazioni (regime delle nullità di protezione, sanabilità del negozio nullo, opponibilità delle eccezioni di correttezza e buona fede), e la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra le opposte esigenze, di garanzia degli investimenti operati dai privati con i loro risparmi ([art. 47 Cost.](#)) e di tutela dell’intermediario, anche in relazione alla certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari”, ha indotto la I Sezione Civile^[10] della Corte di Cassazione a rimettere nuovamente la questione al Primo Presidente per l’assegnazione alle Sezioni Unite.

Si consideri, al riguardo, che la I Sezione aveva investito le Sezioni Unite ai fini della risoluzione della questione, a monte, concernente l’eventuale nullità del contratto quadro recante la firma del solo investitore, nonché della ulteriore questione, a valle, attinente alla contrarietà a buona fede della cd. nullità selettiva (cfr. Cass., 17/05/2017, nn. 12388,12389 e 12390).

Invero, nell’ordinanza del 27 aprile 2017, i giudici remittenti rifiutavano l’assunto^[11] secondo cui all’investitore sarebbe riservata la facoltà di far valere la nullità del contratto-quadro limitatamente ad alcuni ordini di investimento, avallando, in questo modo, un **uso selettivo od opportunistico della nullità** del contratto-quadro, in quanto rivolta esclusivamente a produrre effetti nei confronti di alcuni acquisti di prodotti finanziari, evidentemente sul rilievo che una pratica del genere integri un abuso del diritto, da tempo ampiamente stigmatizzato dalla giurisprudenza della Suprema Corte^[12].

Come detto, le Sezioni Unite^[13] hanno, tuttavia, affrontato e risolto, nei termini su visti, solo la prima di dette questioni, mentre ne è rimasta, per contro, assorbita la seconda - che pure aveva costituito oggetto di rimessione - concernente l’uso selettivo, da parte dell’investitore, della nullità del contratto quadro.

Ciò nonostante, va detto, anche, che il supremo consesso, in tale occasione, ha raccomandato come “nella ricerca dell’interpretazione preferibile, (...), ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l’interesse particolare, l’interprete deve essere attento a circoscrivere l’ambito della tutela

privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità", e ciò al fine di evitare di legittimare un uso distorto o, comunque, strumentale di tale forma di tutela, in spregio alle finalità protezionistiche per cui è stato predisposto.

2.1. Le conseguenze della nullità del contratto quadro: l'*exceptio doli* quale reazione all'uso selettivo della nullità e gli obblighi restitutori.

Tanto premesso, sul punto si registrano diversi arresti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento[\[14\]](#), l'*exceptio* vizio di nullità prevista dall'art. 23 TUF può essere sollevato dall'investitore anche limitatamente ad alcuni soltanto degli ordini di acquisto a mezzo dei quali è stato data esecuzione al contratto quadro viziato.

In altra pronuncia[\[15\]](#), i giudici di legittimità hanno, invece, rilevato che *"L'esigenza di scongiurare uno sfruttamento "opportunistic" della normativa di tutela dell'investitore potrebbe portare la Corte, come suggerito da parte della dottrina, ad affermare la possibilità per l'intermediario di opporre l'exceptio doli generalis in tutte quelle ipotesi in cui il cliente (evidentemente in mala fede) proponga una domanda di nullità "selettiva", cosicché l'eccezione di dolo, concepito quale strumento volto ad ottenere la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe - in ragione di una condotta abusiva - sostanzialmente iniqua, potrebbe in effetti rivelarsi un'utile arma di difesa contro il ricorso pretestuoso all'art. 23 menzionato."*

Si tratta di un'impostazione maggiormente sensibile all'esigenza di evitare di un possibile abuso della nullità di protezione, teso a trasferire opportunisticamente sull'intermediario l'esito negativo di uno o più investimenti.

Secondo altra diversa ricostruzione[\[16\]](#), *"In materia di intermediazione finanziaria, allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, all'investitore, che chiede che ne sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili*

solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente”.

Tale conclusione si fonda sull’assunto per il quale, se manca un pregresso accordo quadro debitamente stipulato tra le parti nella richiesta forma scritta - perché le stesse non hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva - e, quindi, ci si trovi in presenza di un elevato numero di operazioni di investimento e disinvestimento, *“tante quante sono quelle poste in essere attraverso l’esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall’investitore all’intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità, di guisa che quando se ne faccia valere la nullità ... non vi è ragione di chiedersi se ciò integri “un uso selettivo della nullità” e cozzi perciò contro le regole della correttezza e della buona fede o sia fonte di un abuso del diritto, perché una siffatta evenienza - ma non diverso discorso si impone per i pretesi effetti concludenti, quanto alla rinuncia a valersi della nullità o alla convalida di essa di un comportamento protratto nel tempo - è prospettabile unicamente in presenza di un contratto quadro e non quando come qui esso totalmente manchi”.*

In altri termini, l’inesistenza (*rectius* la nullità) di un contratto quadro per difetto delle prescrizioni formali di cui all’art. 23 cit. preclude in radice la configurabilità di un uso selettivo della nullità e, dunque, un abuso del diritto a fronte del quale è esperibile un’*exceptio doli generalis*; ciò in quanto l’una e l’altra sarebbero, in quest’ottica, prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente.

Circa le conseguenze derivanti dalla declaratoria di nullità del contratto-quadro e di taluni ordini, la Corte di Cassazione[\[17\]](#), con una successiva pronuncia, ha ritenuto che *“ove sia stata dichiarata la nullità del contratto quadro su domanda dell’investitore non è precluso all’intermediario, che pure non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, di sollevare l’eccezione di compensazione con riguardo all’intero credito restitutorio che le deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell’ambito del contratto quadro dichiarato nullo”.*

La Suprema Corte fa rigorosa applicazione delle norme in tema di indebito oggettivo.

È noto che la disciplina del pagamento dell’indebito è richiamata dall’art. 1422

c.c., che nell'affermare l'imprescrittibilità dell'azione di nullità fa salvi, tra gli altri, gli effetti della prescrizione dell'azione di ripetizione; *“accertata la mancanza di una causa acquirendi in caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione di un contratto, o in presenza di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione dello stesso è quella di ripetizione dell'indebitto oggettivo; la pronuncia del giudice, avente portata estintiva del contratto, è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del solvens di restituzione della prestazione rimasta senza causa”*[\[18\]](#).

Pertanto, l'inefficacia del contratto di intermediazione finanziaria - destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti -, *ab origine*, in caso di nullità, o sopravvenuta, per effetto dell'annullamento o della risoluzione, operano le regole comuni dettate dagli artt. 2033 c.c. e ss., non altrimenti derogate.

Nè la legittimazione ristretta all'azione di nullità - riservata ex art. 23 D.Lgs. n. 58/1998 all'investitore - impedisce la restituzione reciproca dell'indebitto ricevuto: *“ponendosi la legittimazione all'azione e le conseguenze ripristinatorie dell'azione medesima, qualora esercitata, su piani diversi, che l'investitore può vagliare al momento della proposizione della domanda, perseguendo la sua massima convenienza.*

Neppure è di ostacolo la natura giuridica dei singoli ordini, che questa Corte ormai ritiene negozi giuridici autonomi, ma collegati al contratto normativo di investimento. Se, invero, come ormai si afferma (Cass. 23 maggio 2017, n. 12937; Cass. 9 agosto 2016, n. 16820; Cass. 27 aprile 2016, n. 8394; Cass. 6 novembre 2014, n. 23717), può sì predicarsi anche la caducazione del singolo ordine, tipicamente mediante l'azione di risoluzione per inadempimento, ma anche di altre azioni caducatorie, e se ciò lascia in tal caso sopravvivere il contratto quadro e la sua idoneità a fondare l'efficacia degli altri ordini, resta tuttavia che, quando, come nella specie, sia stata dichiarata dal giudice del merito la nullità per difetto di sottoscrizione da parte del cliente del contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi d'investimento, anche i successivi ordini, pur qualora non indicati dal cliente, ne restano travolti (cfr. già Cass. 11 aprile 2016, n. 7068; onde non rileva il precedente di Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, che attiene all'azione proposta solo con riguardo a taluni ordini).”

Le restituzioni non seguono automaticamente alla caducazione del contratto, essendo necessaria la domanda di parte. *“Essendo, inoltre, entrambe le parti titolari del diritto alla restituzione dell’indebitto, i reciproci crediti, ove esistano versamenti eseguiti in esecuzione del contratto, potranno compensarsi legalmente, ai sensi dell’art. 1243 c.c.”.*

3. Spunti di riflessione in attesa delle Sezioni Unite.

Da questo breve *excursus* traspare la difficoltà degli interpreti ad individuare un assetto soddisfacente tra gli opposti interessi in gioco, quello individuale e “protetto” dell’investitore-contraente debole e quello più generale del corretto funzionamento e della stabilità dei mercati finanziari.

La problematica in oggetto, invero, intercetta ed attraversa le più significative tematiche del diritto delle obbligazioni (correttezza e buona fede, nullità, ripetizione di indebitto).

In attesa del pronunciamento delle Sezioni Unite e senza la pretesa di suggerire soluzioni di sorta, ci si limita, in questa sede, ad offrire qualche spunto di riflessione.

Se si guarda al Codice del Consumo, che può dirsi rappresentare lo statuto del contraente debole, ed in specie, all’art. 36 comma 1 – secondo cui *“le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”* – si rileva che la nullità di protezione ivi prevista è concepita come una nullità necessariamente parziale^[19].

Invero, è opinione comune che la tendenza a conservare forzosamente il contratto depurato dalle clausole abusive si presta a tutelare in modo più efficace la parte contrattualmente debole, in quanto la caducazione dell’intero contratto – a seguito della declaratoria della nullità totale – finirebbe per pregiudicare anziché tutelare il consumatore, in ragione dell’interesse che lo stesso ha di procurarsi beni e servizi oggetto della contrattazione con il professionista.

In quest’ottica e in maniera simmetrica, in tema di forma dei contratti di investimento, venendo in rilievo una nullità di protezione, potrebbe ritenersi legittimo l’uso selettivo della nullità, ossia la domanda diretta a conseguire la caducazione di alcuni ordini di investimento – evidentemente di quelli che non hanno sortito risultati positivi – in esecuzione del contratto quadro nullo per

difetto di forma.

La conseguenza è che sarebbe precluso all'intermediario sollevare l'eccezione di dolo, in quanto la condotta del cliente - che non può interferire nella formazione del contratto a causa dell'asimmetria negoziale che lo caratterizza - sarebbe conforme alle finalità protezionistiche della norma.

Logico corollario di questa impostazione è che sarebbe, altresì, precluso all'intermediario eccepire la compensazione tra crediti restitutori, se non limitatamente tra quelli discendenti dalla caducazione dei singoli ordini di investimento "selezionati dal cliente"[\[20\]](#), sia proporre domanda riconvenzionale tesa a ripetere dal risparmiatore, per effetto della caducazione del contratto quadro, le cedole, i dividendi ed ogni altra utilità derivanti da tutte le operazioni effettuate nel tempo e in adempimento dello stesso.

Invero, se si ritiene coerente con l'impronta protezionistica della previsione di cui all'art. 23 la facoltà per il cliente - che fa valere la nullità del contratto-quadro per difetto di forma - di selezionare gli investimenti da caducare, sulla base - e non potrebbe essere diversamente - di una valutazione meramente opportunistica e di convenienza, è evidente che, di contro, non può ammettersi la possibilità per l'intermediario finanziario di ripetere tutto quanto è stato dal cliente riscosso per effetto dell'inefficacia del complesso degli investimenti effettuati in esecuzione dell'accordo-quadro nullo.

Questa ricostruzione, portata così alle sue estreme conseguenze, finisce per introdurre in via interpretativa una deroga alla disciplina legale dell'indebito oggettivo (artt. 2033 e ss. c.c.).

Orbene, è opinione di chi scrive che il problema dell'ammissibilità, o meglio, della compatibilità con le regole di correttezza e buona fede dell'uso selettivo della nullità da parte dell'investitore e, quindi, dell'esperibilità dell'*exceptio doli generalis* da parte dell'intermediario sia, in realtà, un falso problema ove si faccia rituale applicazione delle norme in tema di indebito oggettivo.

Invero, occorre partire dall'ultima delle pronunce della Suprema Corte riportate nel paragrafo precedente[\[21\]](#), che muove dall'esistenza di un collegamento negoziale, a carattere unilaterale, tra il contratto-quadro e le singole operazioni di investimento, tale per cui la declaratoria di nullità del primo travolge automaticamente le seconde, indipendentemente dalla circostanza che il cliente

abbia limitato la domanda di nullità solo ad alcuni dei negozi di attuazione.

Sicchè, venuta meno la giustificazione causale degli spostamenti patrimoniali connessi alle operazioni di investimento, in assenza di una espressa deroga normativa alla disciplina sull'indebito oggettivo (artt. 2033 e ss. c.c.), sorge per entrambe le parti - e quindi anche per l'intermediario - il diritto a ripetere quanto prestato in esecuzione dei negozi nulli.

Pertanto, la possibilità per l'istituto finanziario di poter ripetere le prestazioni divenute indebite a seguito della declaratoria di nullità del contratto-quadro e della sopravvenuta inefficacia dei negozi di attuazione consente di aggirare il problema della nullità c.d. selettiva, in quanto il cliente effettuerà una valutazione di opportunità a monte, ossia circa la convenienza o meno di far valere la nullità del contratto-quadro, più che quella, a valle, relativa ai singoli ordini di acquisto.

In altri termini, la valutazione opportunistica connessa alla nullità di protezione rientra nella fisiologia ed è coerente con la *ratio* dell'istituto che, con la previsione della legittimazione relativa, rimette essenzialmente alla parte protetta la scelta se caducare o meno il contratto-quadro.

Tuttavia, una volta che la parte legittimata si sia determinata a far valere la nullità per difetto forma dell'accordo-quadro, a prescindere dal fatto che la stessa selezioni le operazioni di investimento da caducare, l'intermediario convenuto può far valere, o in via riconvenzionale o attraverso un'eccezione di compensazione con i crediti restitutori dell'attore, il diritto alla ripetizione di tutte le utilità che sono derivate al cliente in esecuzione del contratto nullo.

Tanto basta a metterlo a riparo da qualunque abuso perpetrato dal contraente "debole" e a rendere essenzialmente inutile il ricorso all'eccezione di dolo.

[1] Cass., 28 agosto 2015, n. 17286.

[2] Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242; Cass., SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828; cfr. M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, pag. 849 e ss..

[3] Cfr. Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, le quali hanno osservato che il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, risponde al perseguimento di interessi generali quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.).

[4] Così Cass., 27 aprile 2017, n. 10447.

[5] Si è già rilevato come a fronte della legislazione dell'ultimo ventennio che, in risposta allo sviluppo dei mercati, è tutta protesa ad assicurare una marcata tutela del contraente debole, si sta, recentemente, innescando una controtendenza della giurisprudenza volta a contenere possibili spinte di ipertutela del contraente debole; cfr. M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, pag. 904 e ss.

[6] Cass. 27/04/2017 n. 10447.

[7] Cass., Sez. Un., 16/01/2018, n. 898.

[8] E, dunque, funzionali alla "*piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell'obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto*" in un'ottica di tutela dell'investitore; così Cass. 27/04/2017 n. 10447.

[9] Per un'approfondita disamina della pronunzia in parola si rinvia a M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, pag. 668 e ss. e pag. 907 e ss., nonché a V. Olisterno, *La forma nei contratti di investimento. Da forma di struttura a forma di funzione.*, su <http://www.iurisprudenzia.it/le-sezioni-unite-sulla-forma-nei-contratti-di-investimento/>.

[10] Ordinanza interlocutoria n. 23927 del 2 ottobre 2018.

[11] Cass. 27 aprile 2016, n. 8395.

[12] *Ex multis* Cass. 13 settembre 2016, n. 17968, sulle assenze dal lavoro; 5 aprile 2016, n. 6533, sull'iscrizione di ipoteca; 21 ottobre 2015, n. 21318, sull'azione risarcitoria extracontrattuale; 12 giugno 2015, n. 12263, sul contratto di fideiussione e mancato tempestivo adempimento imputabile; 15 ottobre 2012, n. 17642, ancora in tema di fideiussione; accanto a tutta la giurisprudenza tributaria in tema.

[13] Cfr. Cass. Sez. U., 16/01/2018, n. 898; Cass. Sez. U., 18/01/2018, n. 1200.

[14] Cass., 27/04/2016, n. 8395.

[15] Cass., 17/05/2017, n. 12390.

[16] Cass., 24/04/2018, n. 10116

[17] Cass., 16/03/2018, n. 6664.

[18] Così Cass., 16/03/2018, n. 6664 che richiama Cass. 06/06/2017, n. 14013; Cass. 03/06/2016, n. 11490; Cass. 07/02/2011, n. 2956; Cass. 15/04/2010, n. 9052; Cass. 12/12/2005, n. 27334; Cass. 04/02/2000, n. 1252.

[19] Per una completa disamina della disciplina consumeristica e in generale del contraente debole, si rinvia a M. Santise, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Torino, 2018, pag. 889 e ss..

[20] Si veda sul punto Cass., 27/04/2016, n. 8395.

[21] Cass., 16/03/2018, n. 6664.