

CORTE DI APPELLO DI ROMA

Sezione lavoro – Ordinanza 11 aprile 2002, Pres. Sorace, Rel. Cannella F.L. (avv. Maurizio de Stefano) contro Condominio Via B. 23 (avv. Ottavio Marotta).

Patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti - Diretta applicabilità della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea-Sussistenza.

Patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti - Disapplicazione da parte del giudice ordinario delle norme del diritto nazionale (art. 11, secondo comma della legge 11 agosto 1973, n. 533) contrastanti l'ordinamento comunitario o internazionale – Conseguenze – Determinazione equitativa dei limiti reddituali - Legittimità.

Il diritto al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti deve considerarsi pienamente vigente nel nostro ordinamento, non quale principio programmatico della Costituzione o dell'ordinamento comunitario o internazionale, che richieda una specifica normativa nazionale di attuazione, ma quale norma direttamente applicabile nel nostro ordinamento.

In applicazione diretta ed immediata dell'art. 6, paragrafo 3 lett c) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il giudice italiano può disapplicare il limite di reddito indicato (in lire duemilioni all'anno e mai aggiornato dal 1973 nonostante la rilevante svalutazione intercorsa fino al 2002) nell'art. 11, secondo comma della legge 11 agosto 1973, n. 533 (Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie) per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato dei non abbienti e ciò ancor prima dell'entrata in vigore della nuova legge (29 marzo 2001 n. 134) in materia di patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, che ha fissato tale limite di reddito in diciotto milioni all'anno (Nel caso di specie il giudice ha determinato equitativamente un diverso limite di reddito rapportandolo ad una misura di poco inferiore ai diciotto milioni annui previsti dalla stessa legge 29 marzo 2001 n. 134, ma solo per il periodo successivo al 1 luglio 2002).

L'ordinanza così motiva:

premesso che con ricorso depositato in data 11.10.96 l'odierna appellante conveniva in giudizio davanti alla Pretura di Roma, in funzione di giudice del lavoro, il Condominio di via B. 23, chiedendo l'accertamento del rapporto di lavoro subordinato di portierato, con condanna del datore di lavoro al pagamento della somma di £ 244.537.304, oltre accessori, a titolo di differenze retributive, compenso per lavoro straordinario e TFR, oltre all'accertamento dell'insussistenza del licenziamento con conseguente pagamento di tutte le retribuzioni successive;

che il Condominio si costituiva, resistendo alle domande e chiedendo in via riconvenzionale la condanna della lavoratrice al rilascio dell'alloggio e al pagamento dell'indennità di occupazione;

che il Tribunale di Roma decideva la causa con sentenza del 20.9.99, riconoscendo alla F. la somma di 45 milioni di lire, a titolo di retribuzioni fino alla cessazione del rapporto in data 29.5.96, decurtando la somma di 15 milioni di lire a titolo di indennità di occupazione dell'al-

loggio e condannando la lavoratrice al rilascio dell'alloggio;

che la F. proponeva appello, chiedendo, in riforma della sentenza di primo grado, l'integrale accoglimento delle domande e il Condominio resisteva, chiedendo in via riconvenzionale il pagamento della maggior somma di £ 375.000 mensili fino all'effettivo rilascio dell'alloggio;

che la Corte d'appello sospendeva l'esecuzione dell'ordine di rilascio dell'alloggio;

che l'avv. D'Amico, che aveva presentato il ricorso d'appello, in data 13.11.2000 rinunciava al mandato e la F. il 14 e 16 novembre presentava istanza di ammissione al gratuito patrocinio;

che con ordinanza del 27 l'istanza veniva rigettata dalla Corte d'appello, per superamento del limite di reddito di 2 milioni previsto dalla legge n. 533/73;

che all'udienza del 22.2.2001 il nuovo difensore, avv. Maurizio de Stefano, sollevava questione di illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma secondo, della legge n. 533/73 per contrasto con l'art. 2, 3, 24 della Costituzione e con l'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4.11.1950, per la mancata rivalutazione della soglia massima dei 2 milioni di reddito annuo, tenuto conto della svalutazione monetaria dal 1973 al 2001 (e successivamente in via gradata l'illegittimità costituzionale dell'art. 23, comma secondo, legge 134/2001, per la reintroduzione degli oneri fiscali e amministrativi nei processi del lavoro, che tuttavia sono stati nuovamente esclusi con legge (6 dicembre 2001, n. 437 n.d.r.), con conseguente assorbimento della questione di costituzionalità);

che il Condominio eccepiva la tardività dell'istanza, che doveva essere presentata "contestualmente" al deposito del ricorso, la mancata indicazione degli avvocati tra i quali la Corte avrebbe potuto, in ipotesi, nominare il difensore, l'implicita rinuncia all'istanza per effetto della nomina del nuovo procuratore antistatario, la mancata impugnazione del rigetto dell'istanza sotto forma di reclamo, la carenza di interesse ad agire a causa della nomina di un difensore che si è dichiarato disposto ad anticipare le spese, l'impossibilità di una sentenza della Corte costituzionale c.d. manipolativa o additiva;

che all'udienza del 18.10.2001, la difesa della F., in relazione all'eccezione di tardività dell'istanza, sollevava nuova questione di costituzionalità dell'art. 13 comma 1° della legge n. 533/73, nella parte in cui non prevede l'ammissione del gratuito patrocinio nei gradi successivi al primo e in pendenza del processo;

tutto ciò premesso, la Corte osserva quanto segue:

rilevato che il diritto al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, attraverso le successive tappe del processo legislativo in materia, deve ormai considerarsi pienamente vigente nel nostro ordinamento, non quale principio programmatico della Costituzione o dell'ordinamento comunitario o internazionale, che richieda però una specifica normativa nazionale di attuazione, ma quale norma direttamente applicabile nel nostro ordinamento;

considerato, infatti, che l'art. 24 della Costituzione stabilisce che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti" e che "sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione";

che l'art. 6, paragrafo 3 lett. c), della Convenzione dei Diritti dell'Uomo dispone che "ogni accusato ha diritto a..., se non ha i mezzi per pagare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia";

che la norma deve considerarsi applicabile anche ai giudizi civili, come affermato dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo con sent. 9.10.79 (caso Airey, in Foro it., 1980, parte IV, pag. 5);

che la suddetta disposizione è stata resa esecutiva con legge n. 848/55 ed è stata direttamente applicata nel nostro ordinamento con portata generale, ad esempio con riguardo ai procedimenti disciplinari a carico dei magistrati (le Sezioni Unite della Suprema Corte con sent. n. 7662/91, hanno in conseguenza ritenuto abrogato l'art. 34, 2° comma, r.d.l. n. 511/46, che non garantiva la pubblicità dell'udienza disciplinare);

che la Corte costituzionale, con sent. n. 10/93, ha affermato che le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo "sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione. ..che sono tuttora vigenti, non potendo, certo, essere considerate abrogate dalle successive disposizioni ...perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, in quanto tali, insuscettibili di abrogazione da parte di disposizioni di legge ordinaria";

che analogamente la Cassazione ha statuito che "le norme della Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo in quanto principi generali dell'ordinamento giuridico godono di una particolare forma di resistenza nei confronti della legislazione posteriore" (sent. del 12/05/1993, sez. penale) e che "tali norme ... impongono agli stati contraenti veri e propri obblighi giuridici immediatamente vincolanti e, una volta introdotte nell'ordinamento statale interno, sono fonte di diritti ed obblighi per tutti i soggetti" (sent. n. 6672/98, sez. civile);

che l'Unione Europea ha recepito i principi della Convenzione dei diritti dell'uomo stabilendo che "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario" (attuale art. 6 nel testo consolidato del Trattato sull'Unione europea);

che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea stabilisce al terzo comma che "a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia";

che la Carta dei diritti, anche se non ancora inserita nei trattati, è ormai considerata pienamente operante come punto di riferimento essenziale non solo per l'attività delle istituzioni comunitarie, ma anche per l'attività interpretativa dei giudici europei, tanto che è costantemente richiamata negli atti degli organi europei, ma anche invocata più volte nelle conclusioni dell'avvocato generale nei giudizi dinanzi alla Corte di giustizia europea;

che, recentemente, proprio l'art. 47 della Carta è stato richiamato, e quindi utilizzato come fonte normativa, nella motivazione della sentenza 30.1.2002 del Tribunale di prima istanza della Corte di Lussemburgo (causa T54/99, Max Mobil Telekommunikation Service GmbH);

rilevato che la disciplina sul gratuito patrocinio nel ritodel lavoro contenuta nella legge n. 533/73, non consente nel caso all'esame della Corte un'effettiva applicazione del diritto al gratuito patrocinio dei non abbienti, essendo previsto il limite di reddito di 2 milioni, mai aggiornato dal 1973 nonostante la rilevante svalutazione;

considerato che non può trovare ancora applicazione la legge n. 134/2001 che ha riformato la materia, fissando il limite di reddito di 18 milioni, ma solo a decorrere dal 1.7.2002;

ritenuto che, sulla base dei principi esposti, il limite di reddito indicato dalla legge n. 533/73 non possa trovare applicazione al caso in esame, essendo chiaramente in contrasto, perché irrisorio, con il principio effettivo del gratuito patrocinio dei non abbienti fissato dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con legge 848/55, che prevale, come si è detto, anche sulle norme di diritto interno successive, essendo dotata di una "particolare forma di resistenza", e dall'art. 47 della Carta di Nizza e quindi anche dal diritto comunitario, che consente la disapplicazione da parte del giudice ordinario delle norme del diritto nazionale contrastanti;

rilevato che la disapplicazione del limite di reddito indicato comporta la necessità di determinare equitativamente un diverso limite di reddito, in assenza di un limite individuato dalle fonti indicate, che può essere validamente rapportato ad una misura di poco inferiore ai 18 milioni annui previsti con decorrenza 1.7.2002 dalla legge 134/2001;

considerato che, in applicazione di tale criterio, l'appellante rientra certamente nel limite di reddito tutelato, potendo godere di un reddito non superiore ai 14 milioni annui, anche tenendo conto del reddito derivante dall'appartamento in proprietà (mentre nessun rilievo può avere il versamento di una somma *una tantum* in ottemperanza della sentenza di primo grado, quantomeno perché non imputabile ai redditi dell'anno esaminato);

rilevata l'infondatezza dell'eccezione di tardività dell'istanza di gratuito patrocinio, quanto alla presentazione in appello, poiché l'istanza può essere presentata in qualsiasi grado e stato del procedimento (Cass. n. 5579/78; Cass. n. 4855/84) e quanto alla contestualità con l'atto introduttivo del giudizio, perché l'istanza è stata proposta subito dopo la proposizione dell'appello incidentale e quindi resa necessaria dalle spese conseguenti (ad esempio la CTU per la determinazione del valore dell'alloggio);

considerato d'altra parte che l'impossibilità di proporre l'istanza nel corso del giudizio, o di riproporla a seguito, ad esempio, del mutamento delle condizioni economiche dell'istante, sarebbe in contrasto con il principio effettivo del gratuito patrocinio dei non abbienti e la norma così interpretata andrebbe quindi disapplicata;

considerato che la nomina di un procuratore antistatario (a cui in seguito, peraltro, è stato revocato il mandato) non può interpretarsi come rinuncia implicita all'istanza di gratuito patrocinio, né fa venir meno l'interesse all'istanza, sia perché l'impegno ad anticipare le spese non significa rinuncia alle stesse da parte dell'avvocato, sia perché l'ammissione non riguarda solo le spese e competenze del difensore, ma anche le altre spese del processo, ad esempio per consulenti, che nel caso in esame potrebbero essere necessari per la determinazione delle differenze retributive e del valore dell'alloggio (cfr. in questo senso Cass. n. 3079/85);

ritenuto, infine, che l'istanza riproposta può essere considerata sia come reclamo avverso

l'ordinanza di rigetto, sia come autonoma nuova istanza, sempre proponibile per quanto detto;

rilevato che le ragioni dell'appellante non possono ritenersi manifestamente infondate, ai fini dell'art. 11 1° comma L. n. 533/73, essendo basate su una diversa lettura di una complessa istruttoria;

P.Q.M. La Corte

accoglie l'istanza di gratuito patrocinio, revocando per quanto occorre l'ordinanza del 27.11.2000;

manda alla Cancelleria per la immediata richiesta al Consiglio dell'ordine dell'indicazione del difensore ai sensi dell'art. 13, 3° comma, L. n. 533/73 e rinvia la causa all'udienza del.. (omissis)

(1) Gratuito patrocinio e valutazione equitativa dei parametri reddituali di ammissione

Un tempo si affermava che "ianua advocati pulsanda pede", "alla porta dell'Avvocato si deve bussare con il piede", sottintendendo la frase che le mani sono occupate da doni, appunto, per l'Avvocato

Poichè alla saggezza antica si deve sempre credere, va da sé che la mancanza di disponibilità economiche rappresenta un oggettivo limite per la difesa in giudizio dei propri diritti da parte dei non abbienti.

L'art. 24 della nostra Carta fondamentale, rappresenta la chiave di volta del sistema di tutela giurisdizionale. Esso infatti garantisce a tutti i soggetti dell'ordinamento (e quindi anche ai non abbienti) la possibilità di accesso alla giustizia. L'art. 24 della Costituzione, infatti, dispone che "Tutti possono agire in giudizio a tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento".

Ovviamente, una cosa è la "proclamazione" formale del diritto di ciascuno di far valere in giudizio i propri diritti e interessi legittimi, altra è l'attuazione concreta del suddetto principio, e la mancata garanzia di quel minimo di mezzi economici per raggiungere il risultato di far valere in giudizio i propri diritti, svuoterebbe di ogni significato la previsione costituzionale e tutte le altre previsioni normative che anche a livello internazionale garantiscono la possibilità per chiunque di agire in giudizio.

D'altra parte, l'uguaglianza delle parti è una condizione imprescindibile per il buon funzionamento del contraddittorio giudiziario.

Atacer d'ogni altro argomento, infatti, già la tristemente nota eccessiva durata dei processi rappresenta una fonte di ingiustizia sociale, atteso che il non abbiente o il meno abbiente hanno ben minori possibilità di resistere e di attendere la definizione del processo rispetto a chi dispone di mezzi e risorse economiche adeguati.

Il citato art. 24 della Costituzione e, come si vedrà in prosieguo, altre disposizioni normative di carattere internazionale, ha risolto il problema della difesa di chi non dispone di sufficienti mezzi economici con la previsione secondo la quale "sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione".

Il diritto al gratuito patrocinio, garantito non soltanto da leggi interne, ha via via assunto un'importanza fondamentale anche a livello internazionale.

In applicazione diretta ed immediata dell'art. 6, par. 3, lettera c), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona e in applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il giudice può determinare equitativamente un diverso limite di reddito rispetto a quello indicato nelle leggi dello Stato, ai fini della ammissione del richiedente non abbiente al gratuito patrocinio.

Queste sono le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Appello di Roma, Sezione lavoro, nella ordinanza in commento.

Il diritto a un equo processo, anche sotto il profilo della tutela dei non abbienti, è previsto e garantito in quasi tutte le Dichiarazioni e Convenzioni internazionali aventi ad oggetto la protezione dei diritti dell'uomo. A mero titolo di esempio si pensi all'art. 10 della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo¹; all'art. 7 della Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli²; ancora all'art. 10 della Dichiarazione del Cairo sui diritti dell'uomo nell'Islam³ e, da ultimo, all'art. 47 della Carta⁴ dei diritti fondamentali dell'Unione europea adottata dalla Commissione europea e dal Parlamento europeo e proclamata ufficialmente in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 7 - 9 dicembre 2000.

La stessa Corte di giustizia della Comunità europea si è, in varie pronunce, espressa nel senso che il diritto a talune garanzie processuali, ivi compreso il diritto ad una difesa effettiva estesa ai non abbienti, rientra nel novero di quei diritti fondamentali che sono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario e codificati, a livello di Unione Europea, con il Trattato sull'Unione Europea⁵.

Tra le garanzie processuali connesse con il diritto ad una difesa effettiva è ricompreso il diritto all'assistenza a spese dello Stato di un difensore d'ufficio qualora la persona interessata non abbia i mezzi economici per ricompensare un difensore e affrontare le spese del giudizio.

L'art. 47 della Carta di Nizza richiamato nell'ordinanza in commento che, sia pur allo stato priva di valore vincolante, è costante punto di riferimento giurisprudenziale sia per la Corte di giustizia che per le giurisdizioni interne degli Stati, al comma 3, prevede espressamente che "a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

La lettera c) del par. 3 di cui all'art. 6 della Convenzione di Roma del 1950⁶, parimenti richiamato nell'ordinanza, prevede che "... ogni accusato ha più specificamente diritto a ... difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia".

La Convenzione di Roma del 1950, elaborata in seno al Consiglio d'Europa⁷, persegue lo scopo essenziale di salvaguardare e promuovere gli ideali e i valori delle società democratiche.

Le modalità attraverso le quali la Convenzione attua il suo scopo sono relative alla limitazione dell'esercizio dei pubblici poteri da parte delle autorità nazionali per il tramite delle

1 Adottata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con *Risoluzione* n. 217 A (III).

autorizzazione alla ratifica del 29 ottobre 1992, n. 454, entrato in vigore il 1° novembre 1993.

2 Adottata a Nairobi il 28 giugno 1981 dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell'Organizzazione dell'Unità Africana, entrata in vigore il 21 ottobre 1986.

6 Resa esecutiva in Italia con legge di autorizzazione alla ratifica del 4 agosto 1955, n. 848, pubblicata nella G.U. n. 221 del 24 settembre 1955.

3 E' un atto della Organizzazione della Conferenza Islamica, adottato il 5 agosto 1990 con *Risoluzione* n. 49/19 - P, in occasione della XIX Conferenza islamica dei Ministri degli Affari Esteri.

7 Il Consiglio d'Europa, nato il 5 maggio 1949, era costituito originariamente da 10 Stati membri (Belgio, Danimarca, Francia, Liechtenstein, Lussemburgo, Irlanda, Italia, Norvegia, Regno Unito e Svezia). A quattro anni dalla fine della seconda guerra mondiale e dalla nascita dell'ONU, la volontà politica degli Stati fondatori era quella di unire i Paesi europei intorno all'obiettivo comune di "salvaguardare e promuovere gli ideali e i principi che sono patrimonio comune, così come favorire e promuovere il progresso economico e sociale". Attualmente gli Stati membri del Consiglio d'Europa sono 45 Stati e in seguito alla "caduta" del muro di Berlino nel novembre del 1989 sono entrati a farne parte molti Stati dell'Europa centrale ed orientale.

5 Conosciuto anche come *Trattato di Maastricht*, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, adottato in Italia con legge di

norme internazionali convenzionali che gli Stati si sono impegnati a rispettare nel loro interno.

La Convenzione ha creato per gli Stati *parte* alla Convenzione obblighi di carattere obiettivo⁸ e, d'altra parte, il carattere precettivo degli obblighi è sottolineato dallo stesso art. 1 della Convenzione. Infatti, con l'espressione gli Stati "riconoscono" i diritti e le libertà garantiti nel Titolo I, si è voluto espressamente significare che i diritti e le libertà sono direttamente riconosciuti¹⁰ a chiunque – cittadino o straniero – sia soggetto alla giurisdizione di uno Stato, senza che sia necessario alcun diverso atto di "adattamento" o di "intermediazione" da parte dello Stato. Di conseguenza, lo Stato non potrà sottrarsi alle sue responsabilità nel caso di violazione delle norme che garantiscono i diritti e le libertà riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi *Protocolli* aggiuntivi.

Appare evidente, pertanto, che la Convenzione per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona ha istituito un effettivo sistema di garanzia collettiva degli impegni assunti dagli Stati nei confronti degli individui.

Alla luce di quanto appena detto, appare del tutto coerente con lo spirito della Convenzione quanto è dato leggere nella ordinanza in commento la quale, denotando una lucidità ed equilibrio del giudice, non frequentemente riscontrabile nella generalità e normalità dei provvedimenti giurisdizionali, si esprime nei seguenti termini: "rilevato che il diritto al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti, attraverso le successive tappe del processo legislativo in materia, deve ormai considerarsi pienamente vigente nel nostro ordinamento, non quale principio programmatico della Costituzione o dell'ordinamento comunitario o internazionale, che richieda però una specifica normativa nazionale di attuazione, ma quale norma direttamente applicabile nel nostro ordinamento ...".

L'equilibrata pronuncia del giudice italiano, che ha accolto l'istanza di gratuito patrocinio, ha opportunamente evitato il ricorso alla Corte di Strasburgo più volte pronunciatasi in tema di diritto inviolabile al gratuito patrocinio. Una corretta interpretazione della Convenzione e l'obbligo del rispetto della Convenzione stessa, non consente, d'altra parte, interpretazioni difformi da quelle formulate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo anche con riguardo al diritto al patrocinio a spese dello Stato a favore dei non abbienti.

L'ordinanza in commento assume un particolare rilievo atteso che non è infrequente che i giudici italiani si esprimano in senso sostanzialmente difforme rispetto a quanto previsto dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona (non è questa la sede per una disamina delle varie pronunce interne emesse, per esempio, sulla base della c.d. "legge Pinto"). Disattendendo la lettera e lo spirito della Convenzione essi non fanno altro che moltiplicare i ricorsi a Strasburgo e svuotare sostanzialmente di ogni significato e di ogni garanzia la effettiva tutela dei diritti irrinunciabili della persona umana, come internazionalmente riconosciuti.

Solo su un punto l'ordinanza in commento suscita qualche perplessità. Si tratta di un

aspetto che non riguarda lo svolgimento delle argomentazioni giuridiche che, si ripete, possono essere pienamente condivise; si tratta di un aspetto, per così dire, di fatto o di merito che pure coinvolge la sua relativa base argomentativa che nell'ordinanza in questione non è dato, in verità, di individuare.

Ci si riferisce al punto in cui l'ordinanza, rilevata la necessità di disapplicazione - e su ciò pure si concorda - del limite di reddito di due milioni di vecchie lire fissato dalla legge n. 533 del 1973, la cui oggettiva insufficienza o inadeguatezza finirebbe, ove lo si ritenesse ancora applicabile, con il vanificare ogni concreta garanzia per i non abbienti di un possibile ed effettivo "accesso" alla giustizia, per far valere i propri diritti e interessi, individua in una diversa misura tale limite ma ciò operando solo secondo un non precisato criterio "equitativo", rimettibile proprio per tale sua natura, ad ogni diversa e soggettiva valutazione di ogni diverso giudice.

Non si capisce in base a quale percorso argomentativo l'ordinanza della Corte d'Appello conclude nel senso che il limite in questione "può essere validamente rapportato ad una misura di poco inferiore ai 18 milioni annui - (ovviamente di vecchie lire) - previsti con decorrenza 1.7.2002 dalla legge 134/2001".

Non potendo e non dovendo decidere in via di anticipazione applicativa della legge n. 134 del 2001, la Corte d'Appello avrebbe forse fatto meglio ad ancorare la sua conclusione ad un dato oggettivo e argomentato del calcolo dell'inflazione intervenuta nel corso di ben tre decenni.

Avv. Anna Lucia VALVO

8 Tale concetto viene precisato in una decisione della Commissione: "Nel concludere la Convenzione, gli Stati contraenti non hanno voluto concedersi diritti e obblighi reciproci utili al perseguimento dei loro interessi nazionali rispettivi, bensì realizzare gli obiettivi e gli ideali del Consiglio d'Europa, quali li enuncia lo Statuto, ed instaurare un ordine pubblico comunitario delle libere democrazie d'Europa al fine di salvaguardare il loro patrimonio comune di tradizioni politiche, di ideali, di libertà e di preminenza del diritto", (Austria/Italia, *Ann.* 4, p. 139): la si veda in DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Cedam, 1994, p. 33.

9 Art. 1 della Convenzione di Roma del 1950: "Le parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo primo della presente Convenzione".

10 Basti pensare che l'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa dispone che ogni Stato che ne fa parte "deve accettare il principio della preminenza del diritto e quello in virtù del quale ogni persona, posta sotto la sua giurisdizione, deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", e che a norma dell'art. 8 dello Statuto, la violazione dei diritti dell'uomo può comportare l'espulsione dello Stato, responsabile della violazione, dal Consiglio d'Europa.

**TRIBUNALE DI ROMA – prima sezione – Sentenza 7 aprile 2004 n° 11299
– Pres. Bucci – Rel. Rizzo**

Obblighi alimentari – mantenimento dei figli – Onere a carico dei genitori – Limiti – Fattispecie

Obblighi alimentari – mantenimento dei discendenti – sussistenza - condizioni

L'obbligo di mantenimento dei figli grava sui genitori in logica corrispondenza al loro diritto-dovere di educarli valorizzandone le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni, con la conseguenza che i genitori sono solidalmente responsabili del mantenimento dei loro figli e, nell'ipotesi in cui uno dei due, per qualsiasi ragione, venga meno ai propri obblighi, l'altro, nei limiti delle proprie possibilità, dovrà provvedervi per intero, salvo rivalersi sul genitore inadempiente (1).

Il concorso negli obblighi di mantenimento che grava su tutti gli ascendenti in pari grado deve essere inteso nel senso meno oneroso quanto all'espressione utilizzata nell'art. 148 c.c., escludendo l'ipotesi del semplice inadempimento dei genitori, ma anche quella in cui soltanto uno dei due versi in uno stato di impossibilità, restando sull'altro genitore l'obbligo di provvedervi per intero, a meno che i suoi mezzi non siano insufficienti; soltanto in tale ultima ipotesi, subentra l'obbligo degli ascendenti di pari grado di concorrere al mantenimento dei figli dei propri discendenti (2).

La sentenza così motiva:

Svolgimento del processo: Con atto di citazione ritualmente notificato, la sig.ra conveniva in giudizio innanzi a questo tribunale il marito separato, ed i genitori di lui, ...

e per ivi sentir accertare l'obbligo di questi ultimi due di provvedere, in luogo del figlio al mantenimento proprio e della figlia minore, versando mensilmente l'importo di 1.614.444, oltre istat, come stabilito con sentenza di questo tribunale del 25.5.1999 n. 9458.

L'istante precisava che, da ottobre 2000, non riceveva più l'assegno di mantenimento prima corrisposto direttamente dal datore di lavoro dell'obligato, essendo stato risolto il rapporto di lavoro; di aver notificato al marito due atti di precetto e di aver presentato nei suoi confronti denunce penali, per le quali era già intervenuta una sentenza di condanna nel 2001 ed una richiesta di decreto penale nel novembre 2000; di non avere un'occupazione stabile e quindi di non poter provvedere al mantenimento proprio e del figlio.

Si costituivano in giudizio i convenuti, chiedendo il rigetto della domanda attrice.

Il g.i. disponeva l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei nonni materni, concorrendo al mantenimento della minore tutti gli ascendenti in pari grado.

Si costituiva in giudizio la sig.ra XXX unico genitore in vita della attrice, chiedendo che nessun obbligo fosse posto a suo carico non essendo in grado di provvedervi.

Ritenuta la causa matura per la decisione, veniva fissata l'udienza di precisazione conclusioni ove le parti avanzavano le richieste indicate in epigrafe.

Motivi della decisione: La domanda non merita accoglimento.

Errata é l'impostazione giuridica riguardante l'obbligo giuridico degli ascendenti al man-

tenimento del coniuge separato, rimasto senza il contributo determinato in sentenza di separazione.

Nessuna norma prevede un concorso in tal senso, potendosi invece invocare, se ne ricorrono i presupposti, il diritto agli alimenti nei confronti dei soggetti tenuti a prestarli nell'ordine previsto dall'art. 433 e ss. cc.

Diversamente per il contributo al mantenimento della figlia minore valgono i principi generali sanciti dagli art. 147 e 148 c.c.

In un'interpretazione sistematica e letterale di tali norme si evince che l'obbligo di mantenimento dei figli grava sui genitori in logica corrispondenza al loro diritto – dovere di educarli valorizzandone le capacità, le inclinazioni naturali e le aspirazioni. Di conseguenza i genitori sono solidalmente responsabili del mantenimento dei loro figli e, nell'ipotesi in cui uno dei due, per qualsiasi ragione, venga meno ai propri obblighi, l'altro, nei limiti delle proprie possibilità, dovrà provvedervi per intero, salvo rivalersi sul genitore inadempiente. In questa ottica l'obbligazione degli ascendenti di fornire ai genitori i mezzi necessari affinché possano provvedere al mantenimento dei figli è subordinata e quindi sussidiaria a quella primaria dei genitori e deve essere considerata come assolutamente eccezionale e consentita non già a tutela del coniuge del proprio discendente, ma soltanto a favore dei suoi figli. Il concorso negli obblighi di mantenimento che grava su tutti gli ascendenti in pari grado deve essere inteso nel senso meno oneroso quanto all'espressione utilizzata nell'art. 148 c.c. "quando i genitori non hanno i mezzi sufficienti ...", escludendo l'ipotesi del semplice inadempimento dei genitori, ma anche quella in cui soltanto uno dei due versi in uno stato di impossibilità, restando sull'altro genitore l'obbligo di provvedervi per intero, a meno che i suoi mezzi non siano insufficienti. Soltanto in tale ultima ipotesi, subentra l'obbligo degli ascendenti di pari grado di concorrere al mantenimento dei figli dei propri discendenti.

La vicenda risale all'anno 2000 (quasi un anno prima della domanda) e non risulta allegata una impossibilità per il di provvedere ai propri obblighi di mantenimento. Anzi durante l'interrogatorio libero delle parti è emersa un'attività di autotrasportatore in proprio, per quanto saltuaria, la proprietà dell'autocarro e di un'autovettura Saab 900, oltre la contitolarità dell'immobile da lui abitato e di quello costituente la casa coniugale assegnato alla moglie affidataria della minore. E' evidente quindi la capacità lavorativa dell'obligato, con precedenti esperienze lavorative anche di impresa familiare, e gli elementi raccolti inducono tutti a ritenere un volontario inadempimento, anziché un'impossibilità a procurarsi mezzi adeguati.

Osserva tuttavia il tribunale che se è vero astrattamente che il concorso degli ascendenti deve derivare dalla incapacità dei genitori a provvedere ai bisogni dei figli e non da un loro semplice inadempimento, tale principio deve trovare, nell'interesse dei figli minori un necessario correttivo sulla base della situazione concreta.

Il non "avere mezzi sufficienti" quale condizione per l'applicazione del comma 1 dell'articolo 148 del c.c., equivale, infatti, sul piano fattuale, ad un inadempimento che sia anche volontario, quando l'altro genitore, obiettivamente incapace di adempiere ai doveri nei confronti dei figli, si trovi nella situazione di non poter in alcun modo realizzare, nonostante tutti gli accorgimenti, il suo diritto ad ottenere il necessario contributo al mantenimento.

Il licenziamento volontario del padre convenuto e l'inutilità delle azioni esecutive intraprese dall'attrice, valgono, ad avviso del tribunale a realizzare quella situazione di "incapacità", che, sia pure "volontaria" è del tutto equiparabile a quella oggettiva.

Dato per scontato che l'attrice non è in grado, da sola, a provvedere al mantenimento dei figli (vedi modelli fiscali e sentenza di condanna del padre) e che la madre della stessa versa in condizioni di quasi nullatenenza (vedi certificazioni INPS), va rilevato che gli ascendenti paterni, sulla base della documentazione offerta debbono ritenersi in grado di sopperire ai bisogni

della loro discendente.

Entrambi, infatti, sono proprietari di immobili, denunciano un reddito da lavoro dipendente o assimilato, ma soprattutto risultano titolari di una società che esercita una rilevante attività commerciale quale emerge dalle immobilizzazioni, dai crediti e dai ricavi (circa 300.000.000) crescenti nel tempo.

Deve quindi porsi a carico dei predetti l'onere di contribuire al mantenimento della nipote Claudia, con un assegno mensile che, calcolat sulla base di quanto fu già liquidato, va determinato in Euro 500,00, comprensive di ogni spesa straordinaria."

1-2) Il concorso degli ascendenti al mantenimento dei nipoti

La sentenza in rassegna segna un interessantissimo e meritorio passo in avanti nella elaborazione sistematica di una norma, l'art. 148, 1° comma, 2ª parte, c.c. della quale, pur concorrendo la medesima ad integrare la complessa disciplina del dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli ed investendo pertanto problematiche di primaria importanza, l'interprete ha sinora avuto modo di occuparsi piuttosto raramente.

Risale infatti appena al marzo del 1995 la prima sentenza con la quale la Corte di Cassazione ha affrontato i problemi da essa sollevati sia dal punto di vista sostanziale che processuale (cfr. Cass. Civile, I sezione, 23/3/1995 in Diritto di Fam. 1995), elaborando principi di diritto dei quali il Tribunale di Roma, dopo averli utilizzati come premessa fondante la sua decisione, ha poi però ampliato la portata in modo decisamente innovativo.

Procedendo infatti con ordine, osserviamo innanzitutto che i nostri Giudici di merito hanno ribadito la funzione indiscutibilmente subordinata e quindi sussidiaria dell'obbligo in questione rispetto a quello primario di entrambi i genitori, e quindi il principio fondamentale che gli ascendenti non possono essere gravati per il solo fatto che uno dei due genitori non dia il proprio contributo al mantenimento dei figli, ove l'altro sia in condizione di provvedervi da solo e debba, in ragione di ciò, adempiere a tale suo onere primario.

Non esiste quindi sussidiarietà nel senso che ciascun ascendente è tenuto rispetto all'obbligo di mantenimento gravante sul figlio-genitore (il che, distorcendo il senso della norma, equivarrebbe a sostenere che gli ascendenti sono i naturali fidejussori delle obbligazioni assunte con la filiazione dai loro discendenti), ma nel ben diverso senso che tutti gli ascendenti di pari grado indifferentemente considerati - viventi ed in determinate condizioni economiche - sono tenuti rispetto all'obbligo primario gravante su entrambi i figli di mantenere la prole, qualora essi non dispongano di mezzi sufficienti a potervi far fronte e siano nella impossibilità oggettiva di procurarseli.

In tal senso, infatti, si sono inequivocabilmente espressi i Giudici di legittimità nella motivazione della citata sentenza, tutta imperniata sulla "concezione dei genitori come responsabili primari ed esclusivi del mantenimento di chi hanno messo al mondo" e sulla conseguente affermazione che l'obbligazione posta a carico degli ascendenti debba essere considerata assolutamente eccezionale, e consentita, peraltro, non già a tutela del coniuge del proprio discendente, ma soltanto a favore dei suoi figli".

La Corte di Cassazione ha pertanto delineato, ed il Tribunale di Roma ribadito, i limiti entro cui deve essere correttamente contenuta la portata della norma in esame a carico degli ascendenti, nel senso cioè di escluderla sia nell'ipotesi più ovvia ed evidente di inadempimento dei genitori all'obbligo di mantenere i figli, che anche nel caso in cui uno solo di essi non abbia mezzi sufficienti per provvedervi e l'altro sia invece in condizione di potersene - e quindi doverne - fare integralmente talmente carico, atteso che il diritto di tale genitore a richiedere all'altro il giusto concorso all'obbligo di cui trattasi, non è estensibile anche agli ascendenti, estranei

ed indifferenti, come dicevasi, al regolamento dei rapporti interni tra il loro discendente ed il suo coniuge.

Orbene, movendo da queste puntuali premesse di diritto, il Tribunale di Roma è pervenuto alla richiesta condanna dei nonni al mantenimento del minore nipote, peraltro solo di quelli paterni stante la premorienza del nonno materno e la quasi nullatenenza dell'ava materna, avendo ritenuta la insufficienza dei mezzi a disposizione di entrambi i genitori pur non versando anche il padre in condizioni di indigenza economica al pari della madre, in quanto titolare di attività lavorativa - seppur saltuaria - e di beni mobili ed immobili, come tale, quindi, in grado di provvedere agli obblighi di mantenimento impostigli in sede di separazione e da tempo impunemente violati.

Con un encomiabile sforzo interpretativo, infatti, i nostri Giudici di merito hanno ritenuto di poter superare il limite che impedisce di gravare gli ascendenti del contributo de quo, limite precisamente costituito, come dicevasi, dal volontario inadempimento dei genitori al loro obbligo di mantenimento, equiparando gli effetti di tale situazione soggettiva, sul piano concreto a quell'incapacità ed impossibilità oggettiva di provvedere ai bisogni dei figli da cui astrattamente deve derivare l'onere di cui trattasi, "quando l'altro genitore, obiettivamente incapace di adempiere ai doveri nei confronti dei figli, si trovi nella situazione di non poter in alcun modo realizzare, nonostante tutti gli accorgimenti, il suo diritto ad ottenere il necessario contributo al mantenimento".

Perviene pertanto il Tribunale, premesse queste argomentazioni, alla enunciazione del principio di diritto per il quale, accertata l'involontaria ed oggettiva incapacità di un genitore a provvedere da solo al mantenimento dei figli, anche la dolosa sottrazione dell'altro a detto obbligo, unita all'infruttuosità di eventuali azioni esecutive promosse a suo carico, "valgono a realizzare quella situazione di "incapacità" che, sia pur "volontaria", è del tutto equiparabile a quella oggettiva".

Orbene, l'innovativa interpretazione dei Giudici romani è senz'altro condivisibile e non solo sulla spinta di un'adesione empatica ad un orientamento apprezzabilmente garantista, in quanto evidentemente destinata a realizzare una più incisiva tutela dell'interesse dei figli minori, quanto per ragioni ancor più squisitamente tecnico-giuridiche, trovando detta interpretazione più di un valido sostegno normativo di analogico riferimento.

Posto infatti, per tutti, che è opinione comune in dottrina quella di ritenere spettante il diritto agli alimenti anche a chi si trovi in stato di bisogno per propria colpa, appare corretto ritenere a maggior ragione dovuto il contributo degli ascendenti nel caso in cui la colpa non sia imputabile ai soggetti l'onere del cui mantenimento detto contributo è destinato a soddisfare, ossia i figli, ma al genitore tenuto a provvedervi.

In conclusione, non v'è che da auspicare che la sentenza del Tribunale di Roma apra irrimediabilmente la strada ad un ampliamento dell'orizzonte applicativo della norma in esame, al solo scopo di rafforzare la tutela dei figli minori e quindi dei soggetti più deboli del sistema familiare, così contribuendo all'evoluzione giurisprudenziale che da tempo si registra in materia in tale meritoria direzione

Avv. Maria Giovanna DE TOMA

TRIBUNALE DI ROMA – sentenza 6 agosto 2003, n. 26488 – Est. Cottone

F. G. e M. T. c. Banca di Roma S.p.A.

Contratti bancari – Mutuo fondiario – Stipulato antecedentemente al 1994 – R.D. 16.7.1905 n.646 – Applicabilità – Sussistenza – Interessi anatocistici – Legittimità - Sussistenza

Nei contratti di mutuo fondiario stipulati antecedentemente al 1994 è pienamente legittima l'applicazione dell'anatocismo, trovando applicazione l'art.38 del R.D. 16 luglio 1905 n.646, secondo il quale "il pagamento di interessi, annualità, compensi, diritti di finanza e rimborsi di capitali dovuti [...] producono interessi di pieno diritto dal giorno della loro scadenza" (1)

La sentenza così motiva:

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 22.5.2001 e notificato il 26.10.2001 alla Banca M.P.S, s.p.a. quale concessionario del servizio riscossione tributi della Provincia di Roma, il 30.10.2001 alla Unipol s.p.a, il 6.11.2001 alla Banca di Roma s.p.a. ed il 9.11.2001 alla Cassa di Risparmio di Rieti s.p.a. ed alla Intesa Gestione Crediti s.p.a. F. G. e T. M. proponevano opposizione ex art 615, 2 comma, c.p.c. avverso l'esecuzione immobiliare rubricata al numero 84458 del ruolo generale delle esecuzioni. A fondamento delle proprie pretese essi rilevavano:

I. con riferimento alle pretese della Banca di Roma s.p.a. pignorante in forza di due contratti di mutuo stipulati in data 16.4.1987 (erogazione e quietanza dell' 11.5.1987) e 26.11.1987 (erogazione e quietanza del 9.12.1991): a) la nullità della clausola relativa alla determinazione degli interessi contenuta nei titoli, h) la conseguente nullità dei predetti contratti per indeterminatezza assoluta dell'oggetto; c) l'inidoneità intrinseca dei conti di mutuo in parola a costituire titolo esecutivo e conseguentemente, l'illegittimità della procedura esecutiva; d) l'intervenuta risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità sopravvenuta; e) la nullità della clausola relativa alla pattuizione di interessi di mora anatocistici inserita nel contratto del 16 4 1987; f) la violazione della legge 108/1996; e) la violazione dei principi di correttezza e buona fede con riferimento agli artt.1, 4, 8, 5 e 7 del contratto stipulato il 16 4.1987 cd agli artt.3, 3bis e 6 dell'ano di erogazione e quietanza sottoscritto il 9.12.1991;

II. con riferimento alle pretese della medesima Banca di Roma s.p.a., successivamente intervenuta in forza di decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Roma a fronte di sofferenze di conto corrente bancario: l'erroneo riconoscimento del diritto alla capitalizzazione tri-mestrale degli interessi operato nel titolo;

III. con riferimento alla pretese della Unipol s.p.a., intervenuta in forza di decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Bologna a fronte di ratei assicurativi non pagati l'erroneo riconoscimento nel titolo dei premi successivi al 1.1.1994;

IV. con riferimento alla pretese della intervenuta società concessionaria della riscossione tributi: l'omesso deposito dei titoli azionati;

V. con riferimento alle pretese della Intesa Gestione Crediti s.p.a. (società cessionaria dei crediti già vantati dalla Cassa di Risparmio di Roma) intervenuta in forza di decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Roma a fronte di sofferenze di conto corrente bancario: l'intervenuto pagamento di una somma superiore a quella ingiunta.

Fissata udienza di comparizione delle parti avanti al Giudice dell'esecuzione e rigettata l'istanza di sospensione della procedura esecutiva, la causa veniva rinviata per la verifica della regolare instaurazione del contraddittorio all'udienza del 29.5.2002.

Si costituivano in giudizio la Banca di Roma s.p.a. in proprio, la Unipol s.p.a. l'IntesaBCI gestione crediti e la Cassa di Risparmio di Rieti s.p.a.

1. la Banca di Roma s.p.a. citata in giudizio quale creditrice pignorante nel domicilio eletto presso l'avv.to Muccioli e costituitasi in proprio, chiedeva l'integrale rigetto delle domande proposte nei suoi confronti sostenendo: a) la natura pattizia di tutte le clausole contenute nei contratti di mutuo stipulati tra le parti (negozi giuridici complessi costituiti dal contratto di mutuo condizionato e dal successivo atto di erogazione); b) di aver sempre applicato in relazione al contratto stipulato il 16.04.1987, l'interesse dell'11.20% annuo e di non aver mai apportato (al momento dell'erogazione) modifiche unilaterali alle condizioni contrattuali pattuite; c) di aver sufficientemente indicato al momento dell'erogazione, in relazione al contratto stipulato il 26.11.1991, tutti parametri necessari al calcolo del saggio di interesse da applicare; d) la non usurarietà dei tassi applicati in virtù dell'interpretazione autentica della L. n.108 del 1996 offerta dalla L. n.24 del 2001; e) la natura fondiaria dei contratti di mutuo e, pertanto, la non applicabilità del divieto imposto dall'art. 1283 c.c.. **2.** La IntesaBCI gestione crediti s.p.a. e la Cassa di risparmio di Rieti s.p.a. rilevavano l'inammissibilità delle domande proposte nei confronti dagli attori in quanto afferenti a circostanze di fatto e di diritto relative alla formazione del titolo azionato e pertanto, deducibili unicamente nelle forme dell'opposizione a decreto ingiuntivo innanzi al giudice territorialmente e funzionalmente competente. Dette parti, inoltre, con riferimento alla richiesta restituzione delle somme eventualmente percepite illegittimamente eccepivano, in ogni caso, la prescrizione quinquennale dell'azione.

Nel merito, davano conto dell'avvenuto pagamento della somma di Lit. 74.200.000 da parte della M. e dell'estinzione del debito relativo al c/c 263012441, dichiaravano di aver applicato una autonoma riduzione del tasso di interesse praticato (ben al di sotto di quello ritenuto usurario), e di non aver mai addebitato interessi anatocistici. Chiedevano, quindi, il rigetto della domanda avversaria.

2. La Unipol s.p.a. rilevava l'inammissibilità del ricorso in quanto afferente a circostanze relative alla formazione del titolo giudiziale posto in esecuzione e passato in giudicato.

Sebbene non evocata in giudizio si costituiva la Banca di Roma s.p.a. quale mandataria della Trevi Finance s.p.a. cessionaria dei crediti vantati dalla Banca di Roma s.p.a. nei confronti dei ricorrenti ed a fronte dei quali la banca di Roma s.p.a. aveva spiegato (con altro procuratore alle liti) intervento nella procedura esecutiva n.84458. Nel proprio atto di costituzione la Trevi Finance s.p.a. rilevava a) l'inammissibilità del ricorso atteso il passaggio in giudicato del titolo azionato dalla società cedente il credito e costituito da un decreto impuntivo emesso a seguito di scoperto di conto corrente bancario; b) la definitività degli estratti di conto corrente di volta in volta inviati ai creditori e mai contestati; e) la legittima applicazione del meccanismo anatocistico nei contratti bancari.

In mancanza di istanze delle parti, precisate come in epigrafe le conclusioni, all'udienza del 7.4.2003 la causa veniva trattenuta in decisione con termini di legge per il deposito di memorie e repliche.

Motivi della decisione

Con l'atto introduttivo proposto dagli odierni ricorrenti essi hanno contestato le ragioni creditriche di tutti i soggetti intervenuti nella procedura esecutiva rubricata al n.84458 del ruolo generale delle esecuzioni.

Pur unico nella sua formulazione, pertanto, il ricorso proposto si attegge quale atto complesso incardinante distinti giudizi di opposizione la cui separata trattazione appare più chiara ed agevole.

F.G. e M.T. hanno in primo luogo contestato il credito vantato nei loro confronti dalla Banca di Roma s.p.a. in forza di due contratti di mutuo stipulati in data 16.4.1987 e 26.11.1991.

1. La difesa ricorrente ha preliminarmente eccepito che, giacché nei negozi in parola era espressamente prevista la facoltà dell'istituto mutuante di rideterminare il saggio di interesse fissato alla stipula al momento dell'erogazione della somma mutuata, non poteva considerarsi "certo" ab origine l'og-

getto del negozio e, pertanto, i contratti dovevano ritenersi nulli per mancanza di uno dei requisiti sostanziali previsti dall'art.1326 c.c.

L'assunto è erroneo.

Certa è la natura reale del contratto di mutuo. Esso, quindi, si perfeziona con la consegna della cosa mutuata (traditio). L'atto di erogazione e quietanza (contenente l'eventuale rimodulazione del saggio di interesse) si colloca pertanto nella vicenda contrattuale come fase della formazione del consenso. Esso pur mantenendo un collegamento funzionale con il contratto di mutuo originariamente stipulato, rimane da esso autonomo e distinto ed acquista, in relazione al suo contenuto, funzione integrativa degli originari accordi che solo con l'avvenuta sottoscrizione dell'atto in parola si consolidano cristallizzando il vincolo sinallagmatico.

Né d'altronde appare illecita la clausola contrattuale con cui venga riconosciuta ad uno solo dei contraenti la potestà di modificare unilateralmente parte del contenuto negoziale salva l'espressa approvazione delle modifiche o l'esercizio del diritto di recesso senza indennizzo.

2. Con riferimento al solo contratto di finanziamento stipulato il 26.11.1991, i ricorrenti hanno anche contestato l'assoluta indeterminazione dei criteri di calcolo del saggio di interesse e della quota di ammortamento fissati dall'art 3 dell'atto di erogazione e quietanza. L'eccezione è infondata.

La clausola contrattuale in parola; infatti, individua parametri certi di riferimento e descrive operazioni di calcolo per la determinazione del quantum debeatur di carattere sostanzialmente elementare (medie aritmetiche).-

Atteso, quindi, che i valori variabili indicati sono desumibili dai listini pubblicati periodicamente dai mercati finanziari ed, in ogni caso, reperibili adottando la diligenza media del soggetto che accede (come appare nel caso di specie) ricorrendo allo strumento del mutuo, e che le citate operazioni matematiche appartengono certamente al bagaglio culturale dell'uomo medio, del tutto priva di fondamento deve essere ritenuta anche tale la censura come quella che ritenendo indeterminato il saggio di interesse nega efficacia esecutiva al titolo azionato.

3. La M. ed il F. hanno chiesto, quindi, che fosse in ogni caso dichiarata la risoluzione ex art.1467 c.c. del contratto di mutuo del 26.11.1991 o in subordine ne fosse ridotta la prestazione ex art.1468 cod. civ.

Quanto a tale ultimo profilo non sorgono dubbi che la domanda sia palesemente infondata posto che il contratto di mutuo non è certamente riconducibile alla fattispecie del contratto con obbligazioni a carico di una sola parte.

Quanto al primo profilo appare opportuno ricordare che il contratto di mutuo in parola è stato stipulato con espressa previsione di provvista monetaria in E.C.U.

Orbene, le parti ricorrenti hanno dedotto come evento straordinario ed imprevedibile alla stregua del citato articolo 1467 c.c. l'uscita dell'Italia dal Sistema Monetario Europeo con la conseguente svalutazione della divisa nazionale rispetto alla Unità di conto europea.

Anche tale domanda non può essere accolta.

Preliminarmente si osserva che le affermazioni del F. e della M. sono rimaste del tutto prive di qualunque supporto probatorio. Non risultano neppure allegare le conseguenze in termini monetari che avrebbe avuto sul loro debito la svalutazione monetaria denunciata. Nulla si è detto circa le oscillazioni compiute dell'allora divisa nazionale e sulla differenza che tali oscillazioni hanno comportato in termini di aumento delle rate di ammortamento.-

L'eccessiva onerosità lamentata è rimasta lettera morta: mera enunciazione priva di qualunque elemento valutativo.

Non solo. Ai sensi del secondo comma dell'art.1467 c.c. la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea del contratto.

Orbene. Deve ritenersi che le oscillazioni valutarie (qualunque esse siano) costituiscano rischio connesso alla stipula di contratti di questo genere che, generalmente, vengono conclusi proprio nella speranza di poter beneficiare delle probabili oscillazioni in positivo assumendosi il rischio delle variazioni in negativo. Né, attesa la fisiologica volubilità del mercato valutario, può considerarsi l'evento denunciato come eccezionale rientrando, comunque, tra le soluzioni possibili a periodi di crisi economica internazionale.

4. Infondate sono anche le censure relative all'illegittima applicazione nel contratto sia di tassi di interesse usurari sia di interessi anatocistici.

Quanto alla prima, rilevato che entrambi i contratti sono stati stipulati e risolti in data anteriore alla legge 108 del 1996, devono ritenersi pienamente legittimi gli interessi praticati atteso che la Legge n.24 del 2003 ha definitivamente chiarito che ai fini dell'applicazione dell'art. 1815 c.c., nel valutare l'usurarietà dei tassi, si deve fare riferimento al momento della pattuizione degli interessi e non al momento della loro richiesta o del loro pagamento, di guisa che se oggi gli interessi richiesti in pagamento appaiono essere superiori al tasso soglia fissato, essendo stati essi pattuiti in data anteriore all'entrata in vigore della legge 108/1996 devono essere ritenuti legittimi. Quanto alla seconda censura, attesa la natura fondiaria del contratto di mutuo stipulato il 6.4.1987, non sorgono dubbi in ordine alla sua infondatezza.

Ai sensi dell'art.33 del R.D. 16.7.1905, n.646 (cui bisogna fare riferimento per la disciplina dei mutui fondiari stipulati in data anteriore al 1994), infatti, "il pagamento di interessi, annualità compensi, diritti di finanza e rimborsi di capitali dovuti [...] producono di pieno diritto interesse dal giorno della loro scadenza". Legittima, pertanto, appare l'applicazione dell'anatocismo con riferimento al contratto de quo.

5. Da ultimo, posto che le clausole determinative degli interessi non possono essere considerate vessatorie e che, nei contratti in questione non si ravvisano pattuizioni dirette a consentire la modifica unilaterale di condizioni contrattuali senza la specifica approvazione della controparte e salvo il diritto di recesso, deve essere respinta anche la domanda diretta ad accertare il mancato rispetto della disciplina dell'art.1469 bis c.c. Né possono in alcun modo ritenersi violati i principi di correttezza e buona fede preordinati allo svolgimento dell'attività contrattuale.

Le spese seguono la soccombenza e vengo liquidate, con riferimento alla parte convenuta in questione, come da dispositivo.

In secondo luogo gli odierni ricorrenti hanno contestato le ragioni di credito dell'Unipol s.p.a.

Sui punti, si deve preliminarmente rilevare che, sebbene nella parte narrativa del ricorso vengano svolte argomentazioni dirette a contestare il diritto di procedere ad esecuzione della creditrice in parola, nessuna domanda è stata spiegata nei suoi confronti né nell'atto introduttivo né al momento della precisazione delle conclusioni, né, infine, in memoria conclusionale.

Con riferimento a tale posizione, pertanto, il ricorso deve essere ritenuto inammissibile.

In ogni caso, quando anche in via interpretativa si volesse ritenere ritualmente spiegata opposizione all'intervento della menzionata società assicurativa, la domanda dovrebbe essere ritenuta del pari inammissibile. La M., infatti, ritiene non dovute le somme portate dal decreto ingiuntivo costituente il titolo azionato (a fronte del quale le è stato intimato il pagamento della somma di £.6.465.000, oltre interessi legali nella misura del 10% annuo per premi assicurativi rc auto scaduti a far data dal 1° gennaio 1994) per aver perso la disponibilità del veicolo assicurato dal 10.02.1994.

Orbene, a prescindere dalla fondatezza dell'assunto attoreo, secondo costante e consolidata giurisprudenza in sede di opposizione alla esecuzione forzata proposta sulla base di un decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo perché non opposto nei termini, la pretesa esecutiva fatta valere dal creditore può essere neutralizzata soltanto con la deduzione di fatti, estintivi o modificativi del rapporto sostanziale consacrato nel decreto su cui si è formato il giudicato, verificatisi successivamente

al-la formazione del giudicato medesimo, e non anche sulla base di quei fatti che, verificatisi in epoca precedente, avrebbero potuto essere dedotti nel processo di cognizione preordinato alla costituzione del titolo esecutivo (Cass. 25.09.2000, n.12664).

Del tutto infondata è anche l'eccezione relativa al difetto di procura del legale rappresentante della Unipol s.p.a (Walter Visani) proposta per la prima volta in comparsa conclusionale.

Sull'argomento si osserva che, qualora il legale rappresentante abbia (come nel caso di specie) compiutamente indicato l'atto pubblico a fronte del quale risultano conferiti i poteri contestati, costituisce onere della parte che tali poteri contesti (secondo il normale schema onus probandi incumbit eo qui dicit) dare la prova della non veridicità dell'assunto avversario.

In mancanza, la costituzione deve ritenersi regolare e l'eccezione infondata.

In terzo luogo i ricorrenti hanno chiesto l'estromissione dal procedimento esecutivo del M.P.S. in qualità di concessionario del servizio riscossione tributi dalla Provincia di Roma per la mancata produzione del titolo esecutivo.

L'opposizione è fondata.

Nessun titolo è stato prodotto in giudizio dalla parte rimasta contumace.

Secondo costante giurisprudenza è onere del creditore che interviene nella procedura esecutiva depositare il titolo o enunciare le ragioni di credito in forza delle quali egli procede. In mancanza del citato documento, il credito vantato appare sfornito di Prova e l'intervento deve essere dichiarato allo stato illegittimo.

In quarto luogo il F. e la M. hanno contestato le pretese creditorie della Intesa Gestione Crediti s.p.a (ora Intesabci Gestione Crediti s.p.a.) società intervenuta nel procedimento esecutivo quale cessionaria dei crediti già vantati nei loro confronti dalla Cassa di Risparmio di Rieti s.p.a. in forza del decreto ingiuntivo n.29 emesso dal Tribunale di Rieti il 27.1.1995.

Giova rammentare che con il titolo azionato (dichiarato esecutivo a seguito di mancata opposizione) era stato ingiunto a M.T., F.G. e L.S.G. di pagare in solido tra loro, a fronte di una apertura di conto corrente revocata il 17.10.1994 la somma di Lit. 56.556.147 oltre interessi del 16% da calcolarsi dalla scadenza di ogni singola rata e sul residuo capitale sino all'integrale sod-disfo, nonché alla sola M.T. l'ulteriore somma di Lit.4.390.314 oltre interessi ai tasso del 17.375% dal 1.10.1994 al sod-disfo con capitalizzazione trimestrale.

A fronte di tale ingiunzione i ricorrenti hanno rilevato sia l'illegittimo riconoscimento del diritto alla capitalizzazione trimestrale degli interessi operata nel titolo posto in esecuzione, sia l'intervento pagamento della somma di Lit.75.700.000 di molto superiore a quella ingiunta.

L'opposizione è infondata.

Nessuna prova è stata fornita dai ricorrenti dei pagamenti effettuati fatta eccezione per quello relativo alla somma di Lit.63.336.230 pacificamente riconosciuto dalla Intesabci Gestione Crediti nel proprio atto di intervento e nel precetto del 16.03.2001.

Orbene, rilevato che per le medesime considerazioni già svolte con riferimento alla posizione dell'Unipol s.p.a non possono essere esaminate in questa sede circostanze relative al momento formativo del titolo, si osserva che mai i ricorrenti hanno sostenuto di aver pagato il debito contratto con l'istituto di credito in parola limitandosi a genericamente contestare l'applicazione di meccanismi anatocistici. Essi si sono limitati a chiedere un "ricalcolo della posizione debitoria della opponente al netto di tutti gli interessi anatocistici illegittimamente addebitati dall'inizio del rapporto e sino al momento dal recesso" senza altre indicazioni fornire in merito a circostanze successive relative al pagamento.

Attesa la genericità dei rilievi mossi contro la cessionaria dei crediti della Cassa di Risparmio di Rieti s.p.a., rilevato che limitatamente al debito di Lit. 4.390.314 della sola M. è stata giudizialmente riconosciuta legittima l'applicazione del meccanismo della capitalizzazione trimestrale degli interes-

si, preso atto che, con riferimento al credito solidale della M. e del F. l'Intesa gestione crediti ha contestato l'applicazione di interessi anatocistici, preso atto della circostanza che nell'atto di precetto a fronte del quale la Intesa gestione crediti s.p.a. ha spiegato intervento nella procedura esecutiva in surrogazione della cedente Cassa di Risparmio di Rieti s.p.a. si è tenuto conto del versamento della somma di Lit.63.336.230, verificato che, applicando i tassi di interesse giudizialmente riconosciuti con decreto ingiuntivo passato in giudicato (e, pertanto, certamente non usurari) il credito vantato appare superiore a quello precettato, le domande proposte dai ricorrenti nei confronti degli odierni resistenti devono essere ritenute, come detto, del tutto prive di fondamento.

Da ultimo i ricorrenti hanno contestato l'addebito di tassi usurari su quanto dovuto a rimborso dell'apertura di credito operata in loro favore dalla Banca di Roma s.p.a. sul c/c n.493/52.

Il ricorso è inammissibile.

Ai sensi dell'art.615, 2° comma, c.p.c., quando è iniziata l'esecuzione, l'opposizione di cui al primo comma del citato articolo, deve essere proposta con ricorso da notificarsi nel termine perentorio assegnato dal giudice.

Nel caso di specie l'atto introduttivo mai è stato notificato alla Banca di Roma s.p.a. quale interveniente nella procedura esecutiva n.84458. Né, attesa la perentorietà dal termine, la costituzione in giudizio della parte resistente appare idonea a sanare il vizio rilevato.

Non solo - nella fattispecie proposta non può certamente affermarsi che la Banca di Roma s.p.a. si sia ritualmente costituita. Essa, infatti, con riferimento alle posizioni creditorie denunciate è presente in giudizio non in proprio ma quale mandataria della Trevi Finance s.p.a. società cessionaria dei crediti contestati.

Orbene, seppure la Trevi Finance è titolare del diritto sostanziale controverso, nessuna domanda è stata spiegata nei suoi confronti né è ipotizzabile la sua autonoma costituzione in luogo delle parti chiamate in causa per difetto di vocatio in ius.

Parimenti, non può ritenersi applicabile al caso di specie l'art.111 cpc il quale regola la diversa ipotesi della successione a titolo parti-colare nel diritto controverso nel corso del processo e postula, in ogni caso, la presenza (quantomeno virtuale) in causa dell'originario dante causa.

Quando anche non si ritenesse condivisibile l'assunto deve essere comunque ritenuta infondata anche tale domanda.

La Banca di Roma s.p.a. è intervenuta nel processo esecutivo n.84458 in forza di decreto ingiuntivo reso esecutivo per mancata opposizione. Orbene, come ripetutamente accennato la pretesa esecutiva fatta valere dal creditore può essere neutralizzata in sede oppositiva ex art.615 c.p.c. solo con la deduzione di fatti, estintivi o modificativi, del rapporto sostanziale consacrato nel decreto su cui si è formato il giudicato verificatisi successivamente alla formazione del giudicato medesimo, e non anche, come vorrebbero i ricorrenti, sulla base di quei fatti che, verificatisi in epoca precedente, avrebbero potuto e dovuto essere dedotti nel processo di cognizione preordinato alla costituzione del titolo stesso (Omissis).

(1) Gli interessi anatocistici nei contratti bancari

Con la sentenza che si commenta il Giudice torna a pronunciarsi sull'annoso problema degli interessi anatocistici nei contratti bancari, in particolare nel contratto di mutuo fondiario.

Recentemente il Tribunale di Roma si è pronunciato, per quanto concerne l'anatocismo nei contratti di conto corrente, ritenendo corretta l'applicazione della capitalizzazione trimestrale degli interessi, dovuti dal correntista, quale naturale conseguenza della periodica chiusura del conto corrente (cfr. Trib. Roma 29.1.2002, n. 3415)

In quest'ultimo caso è stata riaffermata la piena legittimità della capitalizzazione degli interessi con la conseguenza di escludere l'applicabilità delle limitazioni previste dall'art. 1283 cod. civ..

Infatti l'ultima giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, con una totale inversione di orientamento, si è orientata nel ritenere la capitalizzazione trimestrale degli interessi, da parte dell'istituto bancario sui saldi di conto corrente passivo, quale uso negoziale e non quale uso normativo (cfr. Cass. 11.11.1999, n. 12507, in Foro it. 2000, I, 451; Cass. 30.03.1999, n.3096, in Banca Borsa 1999, II, 649, con nota di Porzio; idem in Giust. Civ. 1999, I, 1301; Cass. 16.03.1999, n. 2374, in Giust. Civ. 1999, I, 1301, 1585; idem in Banca Borsa 1999, II, 389; idem in Foro it. 1999, I, 1240); di conseguenza detta previsione anatocistica contenuta nei contratti di conto corrente bancario, poiché non basata su una vera e propria norma consuetudinaria, è stata ritenuta illegittima, con specifico riferimento all'art. 1283 cod. civ., in base al quale l'anatocismo non può essere ammesso "in mancanza di usi contrari".

Secondo tale indirizzo l'inserimento di detta clausola nel contratto di conto corrente, ne determina la sua nullità, poiché tale norma ha soltanto carattere di uso negoziale e non di uso normativo (cfr. A. Palmieri: L'anatocismo, le banche e il tramonto degli usi un "prospective averruling" del legislatore in Foro it. 2000, I, 451; A. Nigro: L'anatocismo nei rapporti bancari tra passato e futuro in Foro it. 2000, I, 451; L. Di Pietropaolo: Gli "usi contrari" di cui all'art. 1283 c.c. e la "validità sopravvenuta" delle clausole bancarie anatocistiche, in Giust. Civ. 2000, I, 2049; P. De Gioia Carabellise: la convenzione anatocistica "nel mirino" della Corte Suprema di Cassazione: qualche breve riflessione intorno ad una recente sentenza e al nuovo contesto normativo, in Mondo Bancario 1999, VI, 57; v. Carbone: Interessi anatocistici tra interventi giurisprudenziali, salvataggi normativi e questioni di costituzionalità, in Corriere giur. 1999, 1485); di conseguenza viene esclusa la prassi bancaria della capitalizzazione trimestrale basata su un uso normativo, mentre viene riconosciuta alla stessa la derivazione da un uso negoziale, giungendo così a dichiarare la nullità delle clausole anatocistiche "in mancanza di usi contrari".

Successivamente l'orientamento è cambiato nuovamente; in realtà, cadendo tale presupposto, viene meno tutta la ratio decidendi di tale filone giurisprudenziale; infatti se si analizzano gli "Usi e Consuetudini Commerciali ed Agrarie della Provincia di Catania" redatti dal Consiglio Provinciale dell'Economia Corporativa del 28.10.1933, nella parte relativa al "Credito" si legge testualmente:

"Annualità di ammortamento di un debito commerciale. - Nel caso che il pagamento della bimestralità, semestralità ed annualità di ammortamento di un debito commerciale avvenga dopo uno o più periodi di tempo, gli interessi di mora che decorrono dal tasso consentito sulle somme si capitalizzano alla fine di ogni periodo di tempo e producono quindi al loro volta nuovi interessi di mora".

O ancora "Gli usi e consuetudini commerciali" della Camera di Commercio, Industria e Agricoltura di Milano che, nella seduta della Giunta camerale del 16.03.1951, approvava la raccolta di usi precedenti e, al paragrafo 4, afferma testualmente: "- Interessi di conto corrente (termine d'uso) (art. 1825 cod. civ.) - Quando la misura degli interessi sulle rimesse non è stata pattuita all'inizio o nel corso del rapporto, le banche conteggiano gli interessi stessi in conformità alle disposizioni alla cui osservanza sono vincolate. Gli interessi nella misura previamente determinata come sopra decorrono anche sui saldi dei conti debitori della clientela chiusi per qualsiasi motivo e sono regolati trimestralmente producendo a loro volta interessi", al paragrafo 5: "- Chiusura del conto corrente (termine d'uso) (1831 cod. civ.) - Le banche regolano annualmente la chiusura del conto quando questo è creditore e regolano la stessa chiusura del conto, trimestralmente, cioè a fine Marzo, Giugno, Settembre e Dicembre, quando il correntista è stato debitore della banca, sia pure saltuariamente, durante il trimestre" ed infine al paragrafo 10: "- Interesse composto - Nel commercio locale non si calcola l'interesse degli interessi salvo che nelle operazioni bancarie (conti correnti, depositi a risparmio, ecc.). Per i conti correnti dei clienti debitori delle Aziende di credito, la chiusura periodica è fatta alla fine di ogni trimestre.

Gli interessi portati in conto producono a loro volta interessi nella stessa misura".

O ancora "L'accordo per il servizio dei conti correnti di corrispondenza" della

"Confederazione Generale Bancaria Fascista" del 22.03.1929, ove si legge testualmente: "- I rapporti di dare e avere si regolano, in via normale, semestralmente e cioè al 30 giugno e al 31 Dicembre di ogni anno, portando in conto gli interessi e le commissioni ai tassi stabiliti, le spese postali, telegrafiche e simili. I conti che risultino anche saltuariamente debitori si regolano, invece, in via normale trimestralmente e cioè a fine Marzo, Giugno, Settembre e Dicembre di ogni anno".

Appare, quindi, evidente che le Norme Bancarie in oggetto non solo trovano la loro origine negli usi normativi anche antecedentemente al 1952, per effetto della reiterata previsione ed applicazione di clausole contrattuali, ma sono altresì sostenute da una vera e propria "opinio iuris ac necessitatis".

Quest'ultimo orientamento, circa la natura degli usi, che non legittimerebbero la capitalizzazione trimestrale degli interessi, così come dovuti dal cliente all'istituto bancario, non è stato pienamente accolto dai Giudici di merito, che continuano ad essere di parere discorde.

Infatti, in alcuni casi è stata stabilita la nullità delle clausole che contemplano detta capitalizzazione (cfr. Trib. Terni 16.1.2001, in Foro it. 2001, I, 1772, con nota di A. Palmieri; Trib. Taranto 15.5.2001; Trib. Monza 23.2.1999, in Banca Borsa 1999, II, 390, con nota di Dolmetta; Trib. Roma 14.4.1999, in Giur. di Merito 1999, 977), in altri casi è stata affermata la loro piena legittimità (cfr. Trib. Roma 1.12.2000; Trib. Roma 26.5.1999, in Giur. di Merito 2000, 18, con nota di Campione; Trib. Roma 14.4.1999, in Giur. di Merito 1999, 977), poiché la clausola, che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi stabiliti nei contratti di conto corrente bancario, rientra fra le condizioni generali di contratto contenute nelle Norme Bancarie Uniformi predisposte dall'A.B.I. e non può essere ritenuta valida.

In altri casi, viceversa si propende per la validità della clausola e si è recuperata la natura di uso normativo, in quanto la capitalizzazione trimestrale degli interessi a favore della banca si pone quale naturale conseguenza della periodica chiusura del conto corrente, tenuto conto della facoltà dell'istituto bancario di recedere "ad nutum" dal relativo contratto a tempo indeterminato (cfr. Trib. Roma 26.5.1999, in Giur. It. 1999, 2102; Trib. Roma 14.4.1999, in Foro it. 1999, I, 2370, con nota di De Rosas).

In realtà il limite sancito dall'art. 1283 cod. civ., posto a presupposto della illegittimità di detta clausola, non contiene un divieto assoluto alle pattuizioni anatocistiche, ma subordina le stesse ad una regolamentazione che non sia esclusivamente negoziale, prescrivendo invece una fonte normativa, consuetudinaria, un uso "secundum legem";

Nell'ambito dei rapporti fra gli istituti di credito ed i clienti l'anatocismo trova una generale applicazione attraverso comportamenti posti in essere dagli interessati, con il convincimento di adempiere ad un precetto di diritto, presentando i caratteri obiettivi della costanza, della generalità e della durata ed il carattere della "opinio iuris", elementi precipi della norma giuridica consuetudinaria vincolante gli interessati stessi (cfr. Cass. 17.4.1999, n. 3845 in Giust. Civ. 2000, I, 845 Cass. 18.12.1998, n. 12675, in Mass. Giur. It. 1998; Cass. 17.4.1997, n. 3296, in Mass. Giur. It. 1997; Cass. 1.9.1995 n. 9227, in Mass. Giur. It. 1995; Cass. 3.2.1994, n. 1110, in Foro it. 1994, I 2805; Cass. 7.3.1992, n. 2765, in Banca Borsa 1993, II, 390; Cass. 22.5.1990, n. 4617, in Mass. Giur. It. 1990; Cass. 30.5.1989, n. 2644, in Giur. It. 1989, I, 1, 1692; idem in Giust. Civ. 1989, I, 2034; idem In Foro it. 1989, I, 3127; Cass. 15.12.1981, n. 6631, in Giust. Civ. 1982, I, 380).

Infatti, la clausola sulla capitalizzazione di tali interessi, dovuti anche successivamente al recesso della banca, non si pone in contrasto con l'art. 1283 cod. civ., il quale fissa dei limiti rispetto agli interessi anatocistici solo "in mancanza di usi contrari", mentre nel rapporto di conto corrente bancario esiste, come già detto, un uso normativo pienamente legittimo.

Nelle relazioni fra le banche ed i clienti l'anatocismo trova piena applicazione in tutte le operazioni di dare ed avere, realizzando così un uso normativo, che corrisponde a quegli "usi contrari" richiamati dall'art. 1283 cod. civ. e come tale costituisce espressa eccezione al principio generale

affermato da detto articolo, che permette la produzione di interessi su interessi scaduti.

L'art. 1283 cod. civ., sottintendendo un principio generale di divieto di anatocismo, disciplina in positivo tutte le ipotesi in cui lo stesso viene consentito.

In sintesi, accanto all'anatocismo convenzionale ed a quello giudiziale, il legislatore ammette, già da tempo, l'anatocismo fondato sugli usi (cfr. Cass. 30.05.1989 n. 2644; in Giur. It. 1989, I, 1, 1692; Cass. 15.12.1981, n. 6631 in Giur. Civ. 1982, I, 380).

Il rinvio agli usi, che consentono l'anatocismo, è formulato in termini generali e trattasi di usi normativi in quanto operano "secundum legem", per cui essi hanno l'identica natura delle regole dettate dal legislatore.

La clausola contrattuale di rinvio agli usi nella determinazione dei tassi di interesse dovuti dal cliente debitore è valida, poiché la variazione dell'interesse, nel corso del rapporto bancario, è determinabile in base al riferimento ad elementi "estranei e futuri" quali le condizioni usualmente praticate dalle aziende di credito sulla piazza" (cfr. Cass. 9.12.1997, n. 12453, in Giur. It. 1998, 1644; Cass. 16.6.1997, n. 5379 in Mass. Giur. It. 1997).

Non occorre la pattuizione per iscritto di detto tasso d'interesse, essendo sufficiente la determinabilità del saggio anche "per relationem", mediante rinvio ad elementi estrinseci al contratto o a criteri obiettivamente rilevabili che ne permettano la concreta quantificazione (cfr. Cass. 1.9.1995, n. 9227; Cass. 3.2.1994, n. 1110; Cass. 7.3.1992, n. 2765; Cass. 22.5.1990, n. 4617), così come sancito dalle Norme Bancarie Uniformi sui conti correnti di corrispondenza in ordine agli interessi dovuti "alle condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza", ed il riferimento alle condizioni usuali costituisce un criterio di determinabilità oggettivo, certo e di facile riscontro.

Infatti, i tassi attivi, che gli istituti bancari praticano sono fissati su scala nazionale con accordi di cartello e, quindi, con criteri obiettivi, non influenzabili e variabili dalla singola banca.

Il cliente, al momento della stipula del contratto di conto corrente, è in grado di sapere, secondo l'ordinaria diligenza, che gli interessi pattuiti sono suscettibili di variazione nel tempo, in relazione alle determinazioni del cartello e, quindi, nel corso del rapporto può verificare l'andamento degli stessi (cfr. Cass. 30.05.1989, n. 2644; Cass. 9.4.1983, n. 2521 in Giur. It. 1984, I, 1, 1018; idem in Banca Borsa 1984, II, 454).

Il Tribunale di Roma, con la sentenza n. 3415/02, si pone all'interno di quel filone interpretativo giurisprudenziale che sancisce la conformità di detto consolidato regime nei rapporti bancari, in base al quale nell'ambito delle operazioni tra istituti di credito e clienti, l'anatocismo è generalmente applicato secondo un uso normativo, ossia secondo la regola consuetudinaria, che opera in base ai caratteri oggettivi della costanza, della generalità e della durata, ed in base al carattere soggettivo della "opinio iuris" (cfr. A. Cavallo: Le operazioni bancarie in conto corrente, in Aa.Vv.: I contratti bancari. Problemi risolti e questioni ancora aperte, Milano, 1999, 275; A. Ambrosio: Il conto corrente bancario: le vicende del rapporto, ibidem 331; P. Ferro-Luzzi: Una nuova fattispecie giurisprudenziale: "l'anatocismo bancario"; postulati e conseguenze, in Giur. Comm. 2001, I, 5; G. Cabras: Banche e giudici: un dialogo difficile in tema di interessi nel conto corrente bancario, in Vita not. 2001, 3; D. Maffei: Anatocismo bancario e ripetizione degli interessi da parte del cliente, in Contratti 2001, 406; M. Di Pietropaolo: Osservazioni in tema di anatocismo, in Nuova Giur. Civ. 2001, II, 96; C. De Sinno: L'anatocismo nei contratti bancari: profili di costituzionalità della disciplina transitoria e linee evolutive dell'interpretazione giurisprudenziale, in Rass. Dir. Civ. 2000, 728; G. Di Benedetto: Anatocismo e costo della disponibilità nei vecchi contratti e nei sistemi di pagamento elettronici: tre domande sui futuri contratti di conto corrente, in Dir. Banc. 2002, 588; R. Marinoni: Interessi bancari anatocistici una questione ancora aperta, in Dir. e Pratica Società, 2000, fasc. 22, 29; A. Vaccaro Belluscio: Anatocismo permangono incertezze sui rimborsi a favore dei clienti, in Dir. e Pratica Società, 2000, 33; A. Ricucci: La tutela del contraente debole nella normativa bancaria e creditizia. La capitalizzazione degli interessi passivi profili giurisprudenziali e normativi, in Foro Toscano 2000, 24; E. e F.

Gianfelici: L'anatocismo bancario incertezza del diritto e strapotere del governo, in Impresa 2000, 1672; A. De Nisi – G. Giampiccolo: L'anatocismo bancario tra interventi giurisprudenziali e legislativi, in Fisco 2000, 12460).

Tale uso normativo autorizza a derogare al principio generale sancito dall'art. 1283 cod. civ. che in mancanza di usi contrari, consente che gli interessi già scaduti producano a loro volta altri interessi, e quindi, la percezione degli interessi secondo il sistema della capitalizzazione trimestrale e per il suo carattere derogatorio è applicabile limitatamente alla categoria dei soggetti tra i quali si è realizzato detto uso normativo.

I rapporti bancari regolati dagli usi normativi, secondo cui la produzione di interessi anatocistici prescinde del tutto da quanto statuito dall'art. 1283 cod. civ., ma essendo espressamente richiamati da detta norma, operano sul medesimo piano e quindi hanno la stessa natura delle regole stabilite dal legislatore (cfr. Asconelli: Le obbligazioni pecuniarie, in lamentario di Scialoja – Branca, Bologna Roma. 1982, art. 1283, 593; Foglia: Alcuni rilievi sui saggi di interesse nei conti correnti bancari, in Banca Borsa 1983, II, 187).

Anche altri Giudici di merito si sono orientati nel ritenere che la prassi di procedere alla capitalizzazione trimestrale degli interessi, all'interno dei rapporti bancari, costituisce un uso normativo, idoneo a realizzare una regola consuetudinaria poiché è stata prevista prima dell'entrata in vigore del Codice Civile e non viola alcuna legge applicabile al rapporto intercorrente fra istituto di credito e privati (cfr. Trib. Bari 28.2.2001, in Foro it. 2001, I, 2361; Trib. Vercelli 9.2.2001, in Dir. Fall. 2001, II, 1019; Trib. Firenze 8.1.2001, in Foro it. 2001, I, 2362; Trib. Perugia 18.8.2000, in Rass. Giur. Umbra 2000, 68; Trib. Monza 2.10.2000, in Foro it. 2001, I, 2362; Trib. Palermo 17.12.1999, in Foro it. 2000, I, 451; idem in Banca Borsa 2000, II, 170; Trib. Roma 17.12.1999, in Foro it. 2000, I, 452; Trib. Roma 26.5.1999, in Giur. It. 1999, 2102, idem in Nuovo Dir. 2001, 72; Trib. Roma 14.4.1999, in Giur. di merito 1999, 977).

Recentemente, però, la Suprema Corte è intervenuta in modo contrario (cfr. Cass. 28.3.2002, n. 4498; Cass. 1.2.2002, n. 1281) l'orientamento non è, però, uniforme, ed anche il Tribunale di Lecce è in senso difforme, infatti con la Sentenza n. 42/04, ha dichiarato la nullità, per contrarietà dell'art. 1283 cod. civ., della clausola che prevede la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente.

Secondo tale sentenza la convenzione anatocistica potrebbe essere consentita solo in presenza di un uso normativo, in virtù del quale sia espressamente prevista la preventiva pattuizione della capitalizzazione trimestrale degli interessi scaduti; ma ritenendo che non esiste un uso normativo, tale pattuizione contenuta nei contratti di conto corrente bancario è nulla.

Nella sentenza che si commenta, invece, si analizza la fattispecie dell'anatocismo nei contratti di mutuo fondiario stipulati dagli Istituti bancari.

Infatti, ai sensi dell'art. 38 del R.D. 16.7.1905, n. 646, che si applica a tutti i contratti di mutuo fondiario stipulati anteriormente al 1994, il pagamento di interessi produce di pieno diritto interessi dal giorno della scadenza.

Risulta, pertanto, pienamente legittima l'applicazione dell'anatocismo anche a detta tipologia di contratto.

Avv. Luciana FORTE

TRIBUNALE DI ROMA – sez. seconda – sentenza 30 giugno 2003 - Est. Curatola - XXX c/ Comune di Roma

Competenza e giurisdizione – art. 34 del D. Lgs. 80/1998 – Interpretazione estensiva – legittimità – Esclusione

Competenza e giurisdizione – Edilizia ed Urbanistica – Espropriazione e risarcimento per occupazione acquisitiva – Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo – Sussistenza - Esclusione

l'art. 34 del D. Lgs. 80/1998, operando una deroga ai principi fondamentali stabiliti dalla Costituzione in tema di ripartizione della giurisdizione sulla base della distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi e di attribuzione ai giudici ordinari della giurisdizione sui diritti (arti. 102, 103 e 113 Cost.), non è suscettibile di interpretazione estensiva (1)

Il comma 3 dell'art. 34 ha una precisa funzione delimitativa del campo di applicazione delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 della medesima norma e, in particolare, per quanto riguarda la lettera b), proprio la funzione di stabilire che l'espropriazione non rientra nell'ambito della materia "urbanistica" e non è trasferita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (2)

La sentenza così motiva:

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 18.11.1998, xxx esponeva che:

- a)** era proprietario di un immobile sito in via... (foglio 496, particelle 1297/r e 1294/r e, inoltre, delle particelle 2187/r, 1298/r, 238/r e 939/r;
- b)** il Comune di Roma aveva provveduto all'esproprio delle suddette particelle con deliberazione n. 1972 del 24.3 per la costruzione di un impianto fognario e per il completamento della sede stradale;
- c)** l'area espropriata era di mq. 35 coperti e mq. 60 scoperti;
- d)** con D.P.G. n. 1136 del 23.5. 1988 era stata determinata l'indennità pari a lire 6.468.250, mai corrisposta dal Comune.

Ciò premesso, l'attore conveniva in giudizio lo stesso Comune al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa del mancato godimento dell'immobile e della perdita dello stesso a causa dell'occupazione appropriativa del bene da parte dell'Amministrazione.

Costituitosi in giudizio, il Comune contestava in fatto e in diritto la domanda proposta dal xxx.

Espletata una consulenza tecnica d'ufficio, all'udienza del 1.4.2003 le parti precisavano le rispettive conclusioni e la causa veniva trattenuta in decisione con l'assegnazione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. .

Motivi della decisione

La presente decisione ha ad oggetto la richiesta di risarcimento avanzato da xxx in conseguenza dell'occupazione, da parte del "Comune di Roma", di alcune aree di proprietà della stessa parte attrice, assoggettate ad esproprio. Vertendosi in tema di risarcimento per "accessione invertita", il Comune ha sollevato un'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario, in relazione al disposto di cui all'art. 34 D.Lgs. n. 80/1998 (applicabile al presente giudizio,

introdotto con citazione notificata il 18.11.1998).

Come rilevato da questo Tribunale in altro analogo procedimento (proc. N. 69953/2000 R.G.), l'eccezione non appare fondata.

Al riguardo, occorre doverosamente dare atto che al concetto di materia "urbanistica" di cui all'art. 34 D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 la Corte di Cassazione ha attribuito una ampiezza estrema (ordinanza n. 494 del 14 luglio 2000 delle Sezioni Unite) e che la stessa Corte ha esplicitamente ritenuto (sia pure prima dell'emanazione della legge n. 205/2000) che in virtù della menzionata norma nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo siano ormai comprese anche tutte le controversie in tema di c.d. occupazione acquisitiva ovvero accessione invertita (vede l'ordinanza n. 43 del 25 maggio 2000, che sulla base di tale interpretazione ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, per difetto di delega, dell'art. 34; vedi anche, peraltro, Cons. Stato, Ad. Plen. 26 marzo 2003 n. 4).

Orbene, questo giudice ritiene di non poter condividere tale orientamento giurisprudenziale sia nella parte in cui inserisce nella materia urbanistica la materia dell'espropriazione e della cosiddetta occupazione acquisitiva sia nella parte in cui ritiene che il comma 3, lett. B) dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998 faccia riferimento - allo scopo di escluderne il trasferimento alla giurisdizione del giudice amministrativo - esclusivamente alle controversie relative alla determinazione ed al pagamento delle indennità dovute a coloro che abbiano subito la compressione o la perdita del proprio diritto dominicale a seguito di procedimenti amministrativi esenti da vizi e regolarmente esitati nel provvedimento finale di esproprio e/o di asservimento. Ed invero - premesso che già alcuni giudici di merito (Trib. Napoli 23 novembre 1999, in Giur. It. 2000, 950; Trib. Taranto 3 gennaio 2000, in Urb. Appalti 2000, 254; TAR Calabria - Sez. Reggio Calabria 23 giugno 2000, n. 1025 in Guida al diritto, anno 2000, n. 27, pag. 80) hanno espresso un parere dissonante da quello della Suprema Corte - ritiene questo giudicante che l'interpretazione delle norme in questione debba svolgersi secondo due fondamentali linee guida.

La prima è desumibile dallo stesso art. 34, il quale esplicitamente chiarisce che la nozione di urbanistica alla quale intende fare riferimento non ha valore generale e non è desunta da altri provvedimenti legislativi o da elaborazioni giurisprudenziali, ma è esclusivamente funzionale all'applicazione delle regole dettate ed al raggiungimento degli scopi perseguiti dal D.Lgs. n. 80/1998 ("Agli effetti del presente decreto, la materia urbanistica concerne...").

Ne consegue che - nonostante la contraria opinione espressa da gran parte della giurisprudenza e della dottrina e nonostante quanto sembra emergere dai lavori preparatori - nel momento di dettare la regola il legislatore non ha richiamato una determinata definizione di "urbanistica" contenuta in leggi già vigenti o già in precedenza elaborata dalla giurisprudenza, ma ha affidato all'interprete il compito di determinare il contenuto della materia urbanistica esclusivamente in funzione degli scopi perseguiti dal D.Lgs 31 marzo 1998 n. 80 (e dalla legge delega) preoccupandosi esclusivamente di salvaguardare la coerenza interna di tale provvedimento legislativo. Peraltro, se il citato art. 33 non avesse così chiaramente indirizzato il compito dell'interprete, sarebbe stato assai problematico sia scegliere le norme alle quali fare riferimento sia costruire un coerente quadro normativo a carattere generale, attesa l'estrema variabilità e, a volte, l'evidente inconciliabilità delle varie definizioni della materia urbanistica contenute nelle altre leggi. In proposito basti considerare che, mentre il frequentemente richiamato art. 80 del D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, comprende nella materia urbanistica l'uso e la gestione del territorio, nonché la protezione dell'ambiente, il combinato disposto dell'art. 7 e del n. 2 dell'allegato 3 della legge 8 marzo 1999 n. 50 espressamente afferma che l'ambiente e la tutela del territorio, da una parte, e l'urbanistica, dall'altra, sono materie diverse e tra loro neppure omogenee (art. 7, comma 2, legge n. 50/99) e devono essere riordinate sotto il profilo normativo mediante l'emanazione di testi unici distinti, con ciò ponendosi in aperto contrasto anche con l'art. 34 qui

in esame, il quale espressamente afferma che "la materia urbanistica concerne tutti gli aspetti dell'uso del territorio".

Neppure può sottacersi la consapevole scelta del legislatore (determinata dall'accoglimento del parere espresso dal Consiglio di Stato) di differenziare in maniera sostanziale il contenuto dell'art. 34 in questione dal contenuto dell'art. 80 D.P.R. n. 616/1977, mediante l'esclusione dal testo originariamente previsto della locuzione "compresa la protezione dell'ambiente e dei valori artistici, storici e paesistici agli aspetti della trasformazione e della salvaguardia del suolo anche in relazione ai vincoli di qualsiasi natura imposti sulla proprietà privata".

Neppure può sottacersi che la stessa Carta costituzionale pone su di un piano completamente diverso la materia dell'espropriazione, i cui principi fondamentali sono stabiliti dall'art. 42 Cost. ed in ordine alla quale le Regioni non hanno il potere di legiferare, rispetto alla materia urbanistica, che, invece, il regolamento costituzionale, in ben diversa sede (art. 117), annovera tra quelle attribuite alla competenza anche legislativa delle Regioni.

Va, in secondo luogo, considerato che l'art. 34, operando una deroga (certo consentita da una espressa riserva di legge, purché non travalicante i limiti fissati dalla Costituzione medesima) ai principi fondamentali stabiliti dalla Costituzione in tema di ripartizione della giurisdizione sulla base della distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi e di attribuzione ai giudici ordinari della giurisdizione sui diritti (arti. 102, 103 e 113 Cost.), non è suscettibile di interpretazione estensiva; per meglio dire, l'interprete, di fronte a due possibili interpretazioni di una norma di rango non costituzionale, comportanti due diverse estensioni di una deroga ad un principio fondamentale stabilito dalla Costituzione, non può, nell'incertezza, che privilegiare l'interpretazione che tende a restringere il campo di operatività della deroga rispetto a quella che tale campo tende ad ampliare.

Orbene l'esame dell'art. 34, alla luce delle due considerazioni appena svolte, non può che prendere le mosse dall'ovvia constatazione che il D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (anche nell'assetto attuale, successivo all'emanazione della legge n. 205 del 2000), ha quale fine fondamentale quello di dettare nuove regole in tema di riparto di giurisdizione e, ciò, allo scopo di semplificare la materia, rendendo più agevole a chi voglia far valere in giudizio una propria posizione giuridica l'identificazione dell'autorità giudiziaria alla quale rivolgersi e consentendogli di ricevere da quest'ultima una tutela piena, anche sotto il profilo dell'ampiezza dei poteri attribuiti al giudice munito di giurisdizione. Per raggiungere tale scopo il legislatore ha scelto di fare ricorso soprattutto allo strumento della "giurisdizione esclusiva" e, quindi, di derogare dal criterio di separazione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi e di ripartire, invece, la giurisdizione per blocchi di materie omogenee. Abbandonato così, nelle materie regolate dal D.Lgs. n. 80/1998, il principio del cosiddetto doppio binario, il legislatore ha poi ampliato i "limiti interni" di ciascuna giurisdizione, fino a realizzare, nella sostanza, un notevolissimo riavvicinamento tra i poteri dei due diversi ordini di giurisdizione (vedi, per quanto concerne i giudici ordinari, l'art. 29 del D.Lgs. n. 801/1998, che ha modificato l'art. 68 del D.Lgs. n. 29/1993).

Questo essendo lo scopo perseguito dal legislatore, l'interpretazione delle norme da quest'ultimo dettate non può produrre alcun effetto estensivo, ma deve perseguire il fine di rispettare rigorosamente i nuovi confini tra giurisdizione ordinaria ed amministrativa disegnati dal provvedimento legislativo in esame nella sua attuale formulazione. Ciò detto, sembra piuttosto evidente a questo giudice che il comma 3 dell'art. 34 ha una precisa funzione delimitativa del campo di applicazione delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 della medesima norma e, in particolare, per quanto riguarda lettera b), proprio la funzione di stabilire che l'espropriazione non rientra nell'ambito della materia "urbanistica" non è trasferita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Ed invero, nessuna delle altre interpretazioni proposte di tale norma riesce ad attribuire al giudice amministrativo anche la giurisdizione sulle domande di determinazione delle

indennità di occupazione legittima e di condanna dell'espropriante al pagamento delle stesse e tanto basta a porre tutte queste interpretazioni in insanabile contrasto con tutti gli scopi, sopra evidenziati, del D.Lgs. 801/1998 e con tutti gli strumenti che tale provvedimento legislativo ha adottato per raggiungere tali scopi. Tali interpretazioni, proprio perché non riescono ad attribuire al giudice amministrativo tutta la materia in esame, tradiscono in maniera evidente l'indicazione fornita dal legislatore di stabilire il contenuto della materia urbanistica "agli effetti del presente decreto".

Ed infatti la scelta di attribuire al giudice amministrativo tutte le controversie in tema di cosiddetta occupazione acquisitiva o accessione invertita (ed anche, per alcuni, in via esclusiva al giudice ordinario ogni decisione in merito alle indennità di occupazione e di espropriazione cosiddette legittime, non è certo coerente con il criterio della ripartizione della giurisdizione in base a blocchi omogenei di materie né risponde allo scopo di facilitare l'individuazione del giudice munito di giurisdizione e neppure allo scopo di fare in modo che tutti i possibili aspetti (e, in particolare, quelli che si pongono tra loro in rapporto di necessaria alternatività) di una determinata vicenda storico-giuridica vengano conosciuti ed interamente risolti dal medesimo giudice. Né alcuno è finora riuscito a dare una motivazione convincente la perché il legislatore esclusivamente per le indennità da occupazione ed espropriazione legittima avrebbe conservato la giurisdizione del giudice ordinario. Non vi è dubbio, invece, che l'interpretazione della norma in esame come norma diretta a conservare al giudice ordinario non soltanto la materia delle indennità per occupazione ed espropriazione legittime, ma tutta la materia inerente al ristoro patrimoniale per la perdita di diritti reali a seguito dell'attività latamente espropriativa (legittima ed illegittima) della P.A. (vedi anche le sentenze n. 500 e n. 501 del 1999 della Corte di Cassazione) si pone in piena sintonia con tutti gli scopi, sopra elencati, perseguiti dal legislatore. Né può sottacersi che l'interpretazione qui propugnata acquista forza superiore rispetto alle altre in quanto restringe, anziché ampliarlo, il campo operativo di una deroga (certo consentita, purché non travalicante i limiti fissati dalla Costituzione medesima) al principio fondamentale stabilito dalla Costituzione della ripartizione della giurisdizione sulla base della distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi. Neppure può dirsi che l'interpretazione qui propugnata si ponga in contrapposizione con la lettera della norma.

Ed infatti, va innanzitutto attribuita la giusta rilevanza al categorico "incipit" del comma 3 dell'art. 34: "Nulla è innovato...". Una siffatta dichiarazione programmatica è troppo enfatica perché possa essere riferita ad un singolo, specifico passaggio di una ben più vasta fattispecie giuridica, ricca di tante altre implicazioni, in relazione alle quali, invece, secondo i fautori della tesi qui non accolta, tutto dovrebbe essere innovato. Inoltre non osta certo all'interpretazione della norma nel senso qui sostenuto l'utilizzazione da parte del legislatore del termine indennità.

Ed invero non vi è dubbio che il ristoro legislativamente dovuto a chi ha ingiustamente patito lo svuotamento del proprio diritto di proprietà a causa della fattispecie della cosiddetta occupazione acquisitiva ben possa (per alcuni debba) essere qualificato come indennità a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 5 bis, comma 7 bis legge 8 agosto 1992 n. 359, come aggiunto dall'art. 3, comma 65, legge 23 dicembre 1996 n. 662 e della pronuncia n. 148 del 30 aprile 1999, della Corte Costituzionale, che ha affermato la piena legittimità costituzionale di tale norma, in quanto diretta a realizzare un equo temperamento tra interessi costituzionalmente protetti, quali quello della Pubblica Amministrazione alla conservazione dell'opera di pubblica utilità ed al contenimento della spesa pubblica e quello del privato al ristoro per la perdita del diritto di proprietà. Ciò basta per rilevare come il termine indennità sia allo stato ben più in sintonia con l'attuale configurazione giurisprudenziale-legislativa della fattispecie dell'occupazione acquisitiva di quanto non lo sia il termine risarcimento. È, anzi, forse possibile azzardare un'ulteriore affermazione e rilevare che la più recente evoluzione della giurisprudenza e della legislazione

sembra ormai preludere alla caduta (ad opera del legislatore, non censurato, in materia, dal giudice delle leggi) dello steccato che divideva la natura giuridica del risarcimento (tendenzialmente integrale e tendenzialmente collegato ad fatto illecito completo sotto ogni profilo, ivi compreso quello soggettivo) dalla natura giuridica dell'indennità (non necessariamente integrale e non necessariamente legata ad un fatto illecito completo sotto ogni profilo). In argomento l'esempio più chiaro si rinviene, come detto, proprio in tema di occupazione acquisitiva, laddove il legislatore ha stabilito e la Corte Costituzionale non ha vietato, che il ristoro dovuto a chi ha ingiustamente patito lo svuotamento del proprio diritto di proprietà a causa di una condotta illecita della P.A. (o di soggetti alla stessa equiparati) ben può essere commisurato non all'intero ammontare del danno calcolato nella sua effettività, bensì ad un parametro predeterminato. Ancor più eclatanti, poi, sono le parole utilizzate dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 179 del 1999, laddove indicando quale deve essere il ristoro certamente dovuto a chi ha subito un pregiudizio economico a causa della reiterazione (anche pienamente lecita) di vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione, ha testualmente stabilito che tale ristoro potrà indifferentemente concretizzarsi, secondo la scelta del legislatore, in misure risarcitorie, indennitarie, e anche, in taluni casi, di riparazione in forma specifica mediante assegnazione o offerta di altre aree idonee alle esigenze del soggetto che ha diritto al ristoro, ovvero mediante altri sistemi compensativi. Dunque: assolutamente identica la fattispecie dannosa, assolutamente equivalente e lecita la risposta, sia che la si chiami risarcimento (se del caso anche in forma specifica), sia che la si chiami indennità, sia che la si realizzi mediante forme originali ed innovative di compensazione con altre utilità, diverse da quelle perdute. Veramente difficile è, dunque, in questo quadro, affidarsi al termine "indennità" per desumere che il legislatore in materia di occupazione acquisitiva ha voluto "innovare" il sistema costituzionale del riparto della giurisdizione. Quanto appena detto a proposito del ristoro dovuto a chi ha (con procedimento e provvedimento, legittimi o meno) patito lo svuotamento del proprio diritto di proprietà in funzione della costruzione di un'opera pubblica serve anche per introdurre il tema del progressivo inserimento della fattispecie dell'occupazione acquisitiva all'interno della generale categoria dei procedimenti ablatori (va ricordato che la norma in esame richiama espressamente sia gli atti di natura "espropriativi", sia gli atti di natura "ablatoria").

Ed infatti il progressivo avvicinamento tra la natura giuridica del risarcimento del danno e la natura giuridica dell'indennità e la progressiva accettazione della intercambiabilità di tali istituti nella funzione di ristoro del pregiudizio derivante da un'identica fattispecie dannosa costituisce parte integrante del medesimo percorso legislativo, giurisprudenziale e storico (l'infinita reiterazione da parte della P.A. di procedimenti espropriativi imperfetti è già stata affermata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 148 del 1999) che ha ormai condotto il diritto vivente ad annoverare la cosiddetta occupazione acquisitiva tra le possibili, stabili ed "istituzionalizzate" (vedi da ultimo la chiarissima sentenza della Corte di Cassazione n. 5902 del 14 aprile 2003) forme ablatorie del diritto dominicale. Tra i tanti passaggi fondamentali di tale non breve processo si ritiene opportuno citare qui almeno Cass. S.U. n. 12546 del 1992, Cass. N. 5902 del 2003, Corte Cost. n. 188 del 1995, l'art. 3 della legge n. 458/1988 e (ed è forse l'esempio più eclatante) l'art. 43 del già emanato e poi modificato D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327. In proposito non si può non rilevare che anche la fattispecie dell'occupazione acquisitiva è caratterizzata dalla indefettibile esistenza di un atto amministrativo fondamentale, quale è la dichiarazione di pubblica utilità (in una qualsiasi delle sue possibili forme) e che, per di più, proprio nelle pronunce giurisprudenziali più recenti si nota come il cardine fondamentale della fattispecie dell'occupazione acquisitiva stia progressivamente slittando dalla irreversibile trasformazione del bene immobile all'esigenza di utilizzazione ed all'effettiva utilizzazione del bene privato a fini pubblici (vedi in particolare le non isolate Cass. 7532/97 e 394/99).

A giusta ragione, quindi, può attribuirsi alla locuzione "atti di natura ablatorie" un significato omnicomprensivo di tutte le fattispecie che conducono al sacrificio della proprietà privata in funzione del soddisfacimento del pubblico interesse alla realizzazione di una determinata opera pubblica. La già evidenziata intima ed indefettibile connessione in tutte le fattispecie "ablatorie", e, in particolar modo, nella occupazione acquisitiva, tra atti amministrativi (vedi, ad esempio, l'assoluta necessità di una dichiarazione di pubblica utilità) e meri comportamenti della P.A. rende coerente la scelta del legislatore di non richiamare, dopo gli atti di natura ablatoria, anche i comportamenti della P.A., che negli atti di natura ablatoria (o, almeno, in alcuni di essi) sono necessariamente compresi.

In conclusione è possibile affermare che agli effetti del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80 la materia "urbanistica" non comprende la materia dell'espropriazione per pubblica utilità e che in relazione alla materia delle espropriazioni il menzionato D.Lgs n. 80/1998 nulla ha innovato per quanto concerne il riparto di giurisdizione.

2- Passando al merito della controversia, lo svolgimento del procedimento espropriativo e l'andamento dei lavori può essere ricostruito nel modo seguente: a) con deliberazione del Consiglio Comunale dell' 11.12.1979 è stato approvato il progetto relativo alla costruzione di un tratto della via dei Glicini e di un tratto della via dei Platani (ex art. 3 legge regionale n. 41/74 e art. 1 legge n. 1/78), per cui l'opera è stata dichiarata di pubblica utilità;

b) con deliberazione n. 1872 del 24.3.1981 il Comune ha disposto l'occupazione d'urgenza delle aree occorrenti per la costruzione dell'opera pubblica (ivi compresa l'area dell'attore);

c) il 23 il Comune ha preso possesso delle aree;

d) i lavori sono stati ultimati il 20.2.1984;

e) con decreto del Presidente della Giunta Regionale del 23.5.1988 sono state determinate le indennità di esproprio (fissata, per quanto attiene all'attore, in complessive lire 5.468.250);

l) le aree in oggetto hanno subito una irreversibile trasformazione a seguito della realizzazione delle opere pubbliche e tale trasformazione è intervenuta durante il periodo di occupazione legittima, protattasi dal 24.3.81 al 24.3.1986.

Al riguardo, va anche sottolineata l'irrelevanza, ai fini del presente giudizio, del precedente procedimento di esproprio, in quanto, dopo il decreto prefettizio d'esproprio del 1960, l'area non è stata mai occupata ed è rimasta nella piena disponibilità dell'attore e dei suoi dante causa, fino alla presa in possesso del 23.7.1981 (a seguito della occupazione d'urgenza disposta il 24.3.1981).

3 - Tenuto conto di quanto sopra, deve essere rigettata l'eccezione di prescrizione sollevata dal Comune.

Come è noto, infatti, l'elaborazione giurisprudenziale è giunta alla conclusione che, in difetto del decreto d'esproprio, il bene passa in proprietà dell'Amministrazione nel momento in cui si è verificata, durante il periodo di occupazione legittima, l'irreversibile trasformazione del fondo, oppure, se questa si è realizzata durante l'occupazione legittima (come nel caso di specie), al termine del periodo.

In tal caso, a colui che non è più proprietario del fondo spetta il risarcimento del danno, il cui diritto soggiace al termine quinquennale di prescrizione di cui al primo comma dell'art. 2947 c.c., decorrente dalla data in cui si è verificata l'accessione invertita (nella fattispecie, dalla data di scadenza dell'occupazione legittima).

Considerato che gli attori hanno proposto l'azione nei confronti del Comune con la citazione notificata l' 8.11.1998, va verificata l'eventuale sussistenza di atti interrottivi della prescrizione dal 24.3.1986 all'instaurazione del presente giudizio. Al riguardo, la giurisprudenza prevalente ha rilevato che il riconoscimento del diritto alla indennità di esproprio e l'accettazione di tale indennità non costituiscono atti interrottivi della prescrizione del diritto al risarci-

mento del danno da occupazione acquisitiva, stante la diversità dei due diritti, così come si è aggiunto che tali atti non sono idonei a configurare la tacita rinunzia, da parte dell'espropriante, alla prescrizione del credito risarcitorio (Cass. 4 maggio 1994, n. 4329; Cass. 25 settembre 1993, n. 9718; Cass. 13 settembre 1993, n. 9487).

Il principio di portata generale sopra esposto ha subito, però, un'ulteriore precisazione in quanto la Suprema Corte ha spiegato che esso è valido se sussistono le diverse situazioni di fatto che determinano l'insorgenza di due diritti (ossia, il decreto di esproprio, per il diritto alla relativa indennità, e l'occupazione acquisitiva, per il diritto risarcitorio), poiché in tal caso la concretezza dei due diritti impone, in forza del ripetuto principio, che gli atti interrottivi della prescrizione siano tali solo per lo specifico diritto al quale essi fanno riferimento.

Nel caso in cui, invece, si sia verificata l'occupazione acquisitiva, ma non sia stato altresì emesso il decreto di esproprio (così come è avvenuto nella fattispecie in esame), la determinazione, l'offerta e il riconoscimento dell'indennità di esproprio, non potendo avere ad oggetto lo specifico diritto al quale formalmente fanno riferimento (in quanto ne manca la fonte, ossia il decreto di esproprio) non possono che avere ad oggetto - sostanzialmente - l'unico diritto che spetta, cioè quello risarcitorio. Correlativamente, analoga efficacia interruttiva hanno gli atti con i quali gli interessati chiedono il pagamento della menzionata indennità (Cass. Sez. I 23 luglio 1997 n. 6886; Cass. Sez. I 26 agosto 1997 n. 8005; Cass. 29 marzo 1996, n. 2943; Cass. 9 marzo 1996, n. 1887; Cass. 25 marzo 1995, n. 3572).

Nel caso di specie, quindi, devono essere considerati atti interruttivi il decreto n. 1136/88 del 23.5.1988 (determinazione indennità), l'atto di opposizione notificato dal xxx il 23 con il conseguente giudizio concluso con la sentenza della Corte di Appello depositata l'8.5.1996, le istanze trasmesse al Comune nel 1994 e nel 1998. La comunicazione dell'indennità ai diretti interessati, peraltro, non ha comportato solo un nuovo risarcimento del diritto ma ha costituito anche una rinuncia a far valere l'intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 2937 c.c., in quanto il comportamento posto in essere dalla pubblica amministrazione è stato assolutamente ed inequivocabilmente incompatibile con la volontà di far valer la causa estintiva (v. Cass. N. 1 882 del 21.2.1995).

Per tutte le considerazioni sopra esposte, l'eccezione di prescrizione sollevata dalla parte convenuta deve essere respinta in quanto infondata.

4 - Di conseguenza, va riconosciuto al xxx il diritto al risarcimento del danno causato dal comune a seguito dell'occupazione acquisitiva delle aree in cui è stata realizzata l'opera pubblica. degli importi dovuti all'attore è stato determinato dal consulente d'ufficio con le due relazioni depositate in corso di causa, le cui argomentazioni appaiono corrette e del tutto condivisibili.

Il risarcimento spettante al xxx, quindi, deve essere determinato sulla base dell'importo indicato dal C.T.U. (Lire 24.997.500), rivalutato all'attualità sulla base degli indici ISTAT, per un ammontare complessivo di lire 47.496.430, pari ad euro 24.550,00. Alla parte danneggiata spetta il ristoro per il danno da lucro cessante conseguente alla indisponibilità delle somme dovute per il periodo intercorso dalla data dell'illecito (25.3.1986) alla presente decisione.

Tale danno può essere liquidato in via equitativa, utilizzando ai fini del calcolo il tasso di rendimento medio dei titoli di Stato nel periodo (8%), da applicare sull'importo medio di euro 18.730,00 (media aritmetica tra l'importo dovuto al 1986 e quello liquidato nell'attualità).

Per quanto attiene all'occupazione legittima (decisa in questa sede in assenza di eccezioni di incompetenza), compete l'importo di lire 6.249.375, pari ad euro 3.227,53; su tale importo, trattandosi di credito di valuta, vanno calcolati i soli interessi legali dall'occupazione dell'area da parte del Comune all'effettivo soddisfo. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo (omissis).

(1-2) Ultime questioni sul riparto di giurisdizione in materia urbanistica ?

La pronuncia in rassegna si segnala quale nuovo interessante tassello del complesso ed incerto mosaico che si è venuto articolando nella giurisprudenza di merito in materia di espropri per pubblica utilità e in ordine alla tutela nei confronti della pubblica amministrazione per gli atti e le inerzie ritenute illegittime e lesive delle (qualificande) posizioni giuridiche dei privati.

E ciò, prima del recentissimo intervento della Corte costituzionale (sent. 28 luglio 2004 n.281 che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 34, commi 1 e 2, del D.L.vo n. 80/1998 nella parte in cui, eccedendo dai limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dell'edilizia e dell'urbanistica ed interpreta l'art. 35 dello stesso D.L.vo che prevede il potere del G.A. di condannare la P.A. al risarcimento dei danni), pubblicato allorché questo numero della Rivista era pressoché chiuso e su cui torneremo tra breve.

Tale mosaico è stato già esaminato in questa rivista (cfr. A. Melucco "Giudizio in unico grado di opposizione a stima per l'indennità di espropriazione e giudizio di accertamento dell'accessione invertita: questioni processuali in ordine al rito ed alla pregiudizialità fra i procedimenti, 2000, 214; nonché id. Ancora alla Consulta il riparto di giurisdizione in tema di espropriazione e occupazione acquisitiva, Temi Romana, 2000, 1144), sia in generale sia sotto la specifica e parziale visuale delle questioni processuali generate dal rapporto fra due delle tre possibili "configurazioni" che possono scaturire in subiecta materia (competenza generale del giudice amministrativo, competenza residuale dell'AGO per i fatti illeciti, giudizio di opposizione a stima avanti la Corte di appello).

La pronuncia in esame si segnala (e conserva tuttora interesse) perché compie affermazioni (in realtà sul piano teorico) che si pongono in contrasto con la prevalente giurisprudenza.

Nel caso in esame, infatti, il Tribunale di Roma, ha affermato la propria giurisdizione in ordine alla domanda di risarcimento per accessione invertita proposta dalla parte attrice.

Da questo punto di vista, l'interpretazione della normativa non si discosta da quella prevalente di cui già si è dato conto in passato, poiché era assolutamente pacifico che il risarcimento da occupazione acquisitiva (c.d. "accessione invertita") fosse devoluto alla cognizione ordinaria.

Ma la pronuncia in esame, svolge un ragionamento più ampio e relativo all'intera sistemica normativa, ponendosi in linea con la giurisprudenza minoritaria in punto di giurisdizione sulla materia espropriativa tout court, così come sviluppatasi successivamente all'entrata in vigore del D. Lgs. 80/1998.

Tale orientamento è esemplificato da TAR SICILIA-PALERMO, SEZ. I, che adito per il risarcimento del danno derivato ad un privato in conseguenza di una occupazione acquisitiva, con Sentenza 28 aprile 2000 n. 701, dichiarava il proprio difetto di giurisdizione in base alla seguente sintetica motivazione: "considerato che in relazione alla pretesa patrimoniale azionata in ricorso, questo si appalesa inammissibile per difetto di giurisdizione, posto che ai sensi dell'art. 34, comma 3° del D.Lgs. n. 80/1998 <<Nulla è innovato in ordine: a); b) alla giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti in natura espropriativa o ablativa>>".

Nello stesso senso si segnalava anche il tribunale di Napoli, con pronuncia della prima

sezione civile in data Sentenza 21 novembre 1999 (reperibile all'indirizzo internet <http://www.giust.it/ago1/tribnapoli1_1999-11-21.htm>), che pure affermava la giurisdizione dell'A.G.O.

Contro tale orientamento, prendevano tuttavia posizione, già nel corso dell'anno 1999, alcune corti di merito, sia in sede civile (Tribunale Palermo, I sezione - 6 maggio 1999 consultabile su internet all'indirizzo <http://www.giust.it/ago1/tribcivpa_1999-05-06.htm>, che riteneva sussistente la giurisdizione amministrativa in materia di occupazione acquisitiva) sia amministrativa (cfr. TAR Campania-Napoli - V sezione - sentenza 22 dicembre 1999 consultabile all'indirizzo internet <http://www.giust.ipzs.it/private/tar/tarcampaniana5_1999-3271.htm>, che riteneva devolute al Giudice amministrativo anche le controversie in materia di occupazione acquisitiva).

Tale orientamento era assai recentemente fatto proprio dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con l'ordinanza 25 maggio 2000 n.43, soprattutto nota per aver provocato la pronuncia della Corte costituzione a proposito dell'art. 34 del decreto leg.vo 31 marzo 1998 n. 80, in relazione all'art. 76 della Costituzione, per eccesso rispetto alla delega conferita dall'art 11, quarto comma, lett. g) della legge 15 marzo 1997 n. 59, "nella parte in cui sottrae al giudice ordinario e devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a diritti soggettivi connessi a comportamenti materiali della pubblica amministrazione in procedure espropriative finalizzate alle gestione del territorio".

Più recentemente, nello stesso senso, si vedano T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 16 settembre 2003, n. 6085; Foro amm. TAR 2003, 2734 (s.m.); T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 22 ottobre 2003, n. 13058; T.A.R. Toscana, sez. III, 5 marzo 2003, n. 857; Foro amm. TAR 2003, 900; T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 3 febbraio 2003, n. 33; Foro amm. TAR 2003, 747;

Sul tema specifico dell'interpretazione del dettato letterale del D. LGS 80/1998, interviene il Tribunale di Monza, affermando che "La domanda di condanna al pagamento delle indennità di esproprio e di occupazione d'urgenza va proposta avanti alla corte di appello, competente in unico grado, ex art. 19 e 20 l. n. 865 del 1971, in quanto il legislatore, nel devolvere con l'art. 34 d.l. n. 80 del 1998 (poi modificato dall' art. 7 l. 20 ottobre 2000 n. 295) al giudice amministrativo tutte le controversie in materia di urbanistica e territorio, ha peraltro escluso da tale ampio ambito giurisdizionale ("nulla è innovato") la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa" (Tribunale Monza, 22 aprile 2003; Giur. merito 2003, 2102)

E' noto che a seguito della prima declaratoria di illegittimità costituzionale che ne è rapidamente seguita (Corte cost. 17 luglio 2000 n.292), sia altrettanto rapidamente intervenuto il legislatore, operando correttivi con la legge 205/2000 di riforma del processo amministrativo, facendo apparentemente ritenere che la normativa del DL 80/1998 dovesse ritenersi in subjecta materia sostanzialmente indenne.

Come sopra accennato, tuttavia, la Corte costituzionale è recentissimamente nuovamente intervenuta (sent.6 luglio 2004, n.204), dichiarando "l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'art. 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di edilizia e urbanistica, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti

patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno".

Alcuni passaggi della motivazione appaiono senz'altro meritevoli di essere riproposti: "sempre su sollecitazione (tra gli altri) delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, affermando (in motivazione) come "In relazione al principio fissato nell'art. 11, comma 4, lettera g), della legge delega n. 59 del 1997, questa Corte ha osservato nella sentenza n. 292 del 2000 - e non può qui che ribadire - come dai lavori parlamentari emerga chiaramente che "in primo luogo il legislatore delegante intendeva rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo - nell'esercizio della giurisdizione, sia di legittimità che esclusiva, di cui era già titolare in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici - non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche (ove configurabile) quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio innanzi al giudice ordinario. In secondo luogo la delega intendeva perseguire tale risultato senza ampliare nelle suddette tre materie l'ambito delle esistenti giurisdizioni esclusive. Per due volte infatti fu formulata la proposta di delegare il Governo a trasferire le tre materie in questione alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ed entrambe le volte essa non ebbe seguito, onde fu approvato definitivamente un testo che di giurisdizione esclusiva non parla. Ne discende, così come si è statuito in ordine all'art. 33 del d.lgs. n. 80 del 1998, che anche riguardo alla materia edilizia ed urbanistica il legislatore delegante ha affidato al Governo non già il compito di ampliare l'ambito della giurisdizione esclusiva, bensì quello di estendere "la giurisdizione amministrativa esistente, tanto di legittimità che esclusiva"; sicché soltanto "i diritti patrimoniali consequenziali, in essi compreso il risarcimento del danno, erano l'oggetto (normativamente individuato) di tale estensione" (sentenza n. 292 del 2000). Di qui l'illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 80 del 1998 nella parte in cui, eccedendo dai limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dell'edilizia e dell'urbanistica, e non si è limitato ad estendere la giurisdizione amministrativa - nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità che in via esclusiva - alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. La dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 34, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 80 del 1998 comporta la necessità di interpretare l'art. 35 - censurato in alcune ordinanze in connessione con l'art. 34 - nel senso che il potere di riconoscere i diritti patrimoniali consequenziali, ivi incluso il risarcimento del danno, è limitato alle sole ipotesi in cui il giudice amministrativo era già munito di giurisdizione, tanto di legittimità quanto esclusiva".

Ci si trova dunque di fronte (come osservato da Roberto Garofoli nell'ampio intervento disponibile in rete sul sito www.lexitalia.it) di un intervento dalla portata chiaramente manipolativa, rispetto alla quale occorrerà verificare a breve gli effetti complessivi sugli equilibri giurisdizionali nelle materie coinvolte e di cui si cercherà di dar conto nei prossimi mesi.

Avv. Andrea MELUCCO

GIUDICE DI PACE DI ROMA – secondo ufficio
sent. 12 maggio 2003 n.21552 – Est. Dott. Mandetta
C.M. e C.C. c. P. VIAGGI srl

Obbligazioni e contratti – Viaggi “tutto compreso” – inadempimento – Danno morale – risarcibilità - Sussistenza

Il Consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di viaggi, vacanze e circuiti “tutto compreso” (1)

La sentenza così motiva:

Svolgimento del processo

Con atto di citazione, regolarmente notificato, gli attori chiamavano in giudizio la P. Viaggi s.r.l. in quanto a mezzo dell'agenzia Raptim avevano prenotato una camera matrimoniale presso l'albergo Nassau Beach di Nassau (USA) che si era a sua volta servita della convenuta nella veste di Tour operator. Il predetto soggiorno effettuato dal 24.9. al 1.10.1997 faceva parte di un pacchetto turistico acquistato dagli attori, in viaggio di nozze negli Stati Uniti di America per il periodo 17.9-2.10.1997. Secondo parte attrice l'albergo era in quasi totale ristrutturazione e per questo i signori C. e C. avevano subito una serie di disagi (collocamento in una stanza situata nel retro dell'albergo insalubre e a rischio igienico per la vicinanza della stessa ad una discarica, disturbo del riposo la mattina presto per l'inizio dei lavori di ristrutturazione dell'albergo che coinvolgevano oltre gli operai anche automezzi per il trasporto di risulta e materiale di costruzione, servizio insoddisfacente sul piano della pulizia della camera, dei servizi igienici, della dotazione di biancheria da bagno e della manutenzione idraulica della stanza vicinore). Altri servizi specificamente indicati nei depliant non venivano offerti ai clienti per inagibilità della struttura. Tali disagi venivano telefonicamente evidenziati alla R. e alla P., tuttavia queste ultime anziché provvedere a trasferire gli attori in altro albergo che fosse in grado di offrire i servizi promessi e pagati si limitavano a spostare gli stessi in altra stanza senza che ciò comunque ponesse rimedio alla turbativa in atto a causa dei predetti lavori. Peraltro la non conoscenza della lingua e la mancanza di qualsivoglia assistenza non permetteva di risolvere personalmente il problema da parte dei giovani coniugi, con trasformazione della vacanza in una inutile attesa di spostamento.

Si costituiva la convenuta in giudizio contestando ogni punto della domanda e precisando di aver venduto agli attori la sola sistemazione presso l'albergo di cui si chiede il rimborso (£ 861.000 a persona) e non altri servizi (trasporto) e servizi turistici diversi (escursioni, presenza di un accompagnatore) e che quindi il contratto di viaggio è stato concluso con la R. che deve considerarsi l'organizzatore del viaggio non risultando nel contratto di viaggio la denominazione della P. Viaggi che aveva esclusivamente i rapporti con la struttura alberghiera. Evidenziava che l'agenzia corrispondente della P. in loco, interessata dagli attori per l'inidoneità della stanza provvide dalla seconda notte a trasferire gli ospiti nella suite senza aggravio dei costi, che la stessa non aveva mai ricevuto alcuna richiesta di cambio di albergo e che ottenuto il cambio di stanza i clienti non hanno denunciato alcun disagio ed hanno ultimato il soggiorno fino alla scadenza prestabilita. Contestavano tutte le voci componenti il danno segnalando che soltanto tre telefonate erano state effettuate alla R.. Successivamente alla prima udienza si costituivano in giudizio la R. s.r.l., la Previdente Assicurazioni (attualmente Milano Assicurazioni) e la Levante Assicurazioni. La R. s.r.l., chiamata in garanzia, si costituiva affermando che nessuna responsabilità poteva essere addebitata per la situazione lamen-

tata. Infatti la prenotazione dell'albergo de quo venne effettuata attraverso la P. Viaggi che propose tale albergo in sostituzione di altro inizialmente richiesto e risultato completo. La P. aveva assicurato che l'albergo offerto rispondeva a tutti i requisiti richiesti dall'attore e di non aver mai saputo che l'albergo fosse in ristrutturazione. Pur respingendo ogni richiesta risarcitoria, rilevava di essersi attivata presso la P. Viaggi per il cambio di stanza. Le compagnie assicurative sostenevano le tesi delle rispettive assicurate.

Il Giudicante invitava la parte attrice a depositare alla successiva udienza la descrizione dettagliata del contenuto della videocassetta prodotta, con l'indicazione dei fatti che con la stessa si intendono provare al fine dell'eventuale ammissione come mezzo di prova della videocassetta; successivamente non ammetteva la visione della videocassetta poiché la documentazione prodotta rendeva detta visione non necessaria ai fini della decisione.

Veniva resa la testimonianza da parte del Sig. P. R. zio dell'attore, della Sig.ra P. dipendente della R. ed il Sig. M.D.V. quale teste di riferimento e dipendente della P. Viaggi.

La causa veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni; dopo la precisazione e la produzione di note all'udienza, su richiesta dei procuratori delle parti, la causa veniva trattata in decisione.

Su richiesta del Giudicante il coordinatore con proprio provvedimento assegnava la causa ad altro Giudicante il quale invitava le parti a comparire e precisate le conclusioni nella stessa udienza, tratteneva la causa in decisione.

Motivi della decisione

Prima di accertare l'esistenza o meno di responsabilità sull'accaduto occorre verificare il ruolo ricoperto dalle due società sulla base degli elementi forniti ed alla luce delle disposizioni vigenti in materia (Dlgs. n. 111 del 17.3.1995). In concreto la R. s.r.l. ha venduto agli attori un pacchetto turistico negli USA comprendente il trasporto e l'alloggio in alberghi avvalendosi di strutture selezionate e convenzionate con la P. Viaggi s.r.l.. Infatti la R. non ha venduto un viaggio già organizzato con servizio di voli e alloggio risultante da un depliant della P. e pubblicizzato dall'agenzia di viaggi, ma ha "costruito" un viaggio secondo le esigenze individuali del cliente, avvalendosi di altri operatori che direttamente o indirettamente hanno fornito i servizi richiesti. Di conseguenza la R. s.r.l. riveste la qualifica di "organizzatore del viaggio" (in tale veste la predetta società ha sottoscritto il contratto con gli attori) mentre la P. Viaggi s.r.l. quella di "intermediario di viaggio" avendo venduto un servizio separato e in particolare l'alloggio in Nassau presso l'albergo Nassau Beach per n. 7 notti dal 24.9.1997 (nel vaucher prodotto la P. viene indicata come società collaboratrice della R.).

L'eccezione di difetto di legittimazione passiva da parte della P. Viaggi non può essere accolta stante quanto previsto dall'art. 17 e 15 ultimo comma della predetta legge n. 1084 del 27.12. 1977, la quale disciplina il contratto di organizzazione e di intermediazione di viaggio.

La richiesta di restituzione di una somma per inadempimento delle società convenute va accolta ai sensi dell'art. 12 del D.lgs. n. 111/1995.

Infatti dall'esame delle prove documentali ammesse e non contestate dai convenuti, nonché dalle deposizioni testimoniali soprattutto degli addetti delle riferite società risulta un inadempimento parziale dell'obbligazione di cui all'art. 1218 c.c. in quanto si ravvisa nella prestazione eseguita la non rispondenza di tutti i requisiti oggettivi idonei a farla coincidere con l'oggetto dell'obbligazione. Stante la differenza tra le prestazioni originariamente previste (offerta di servizi indicati nel depliant ricevuto dalla R. che pubblica l'albergo e lo classifica di prima categoria) e quelle effettivamente effettuate risultanti dal materiale probatorio e tenuto altresì conto della circostanza di aver fruito per cinque giorni di una sistemazione alberghiera di livello superiore nello stesso albergo senza alcuna maggiorazione, l'inesatto adempimento

viene valutato, ai sensi dell'art. 1226 c.c., nella misura del 25% dell'importo complessivo del servizio reso (€ 842,66) e quindi pari ad € 210,72. Ai danneggiati va inoltre attribuita la somma di € 50 a titolo di risarcimento danno da lucro cessante, importo determinato equitativamente applicando gli art. 1223, 1226, 1227 c.c., secondo il più recente orientamento giurisprudenziale (Cass. 17.2.1995 n. 1712).

Va inoltre evidenziato che l'art. 15 della predetta legge prevede altresì:

- a) la responsabilità dell'organizzatore per qualsiasi pregiudizio causato al viaggiatore a motivo dell'inadempimento totale o parziale dei servizi di trasporto e di alloggio forniti da terzi;
- b) lo stesso avviene per qualsiasi pregiudizio causato dal viaggiatore nel corso dell'esecuzione delle prestazioni. Salvo che l'organizzatore non provi di essersi comportato in modo diligente nella scelta della persona che esegue il servizio;
- c) qualora l'organizzatore abbia indennizzato il viaggiatore per il pregiudizio arrecato è surrogato in tutti i diritti ed azioni che il viaggiatore può avere contro terzi responsabili di tale pregiudizio.

In effetti la R., società organizzatrice, ha effettuato un'omissione colposa nella fase in cui la P. Viaggi ha proposto la sostituzione della prestazione precedentemente promessa (alloggio in altro albergo) accordando peraltro uno sconto a favore degli attori; essa avrebbe dovuto farsi formalmente garantire dalla P. che, a fronte della spesa giornaliera nel 1997 di £ 246.000 per una camera doppia a notte, fossero assicurati ai clienti dall'albergo designato i servizi indicati nel depliant agli atti a pag. 56 che reca il timbro della R. s.r.l. Tuttavia essa ha azione di regresso anche ai sensi dell'art. 14 della legge 111/1995 nei confronti della P. che peraltro si è avvalsa per tutta la stagione turistica di un albergo che era in ristrutturazione, come si deduce oltre che dalla documentazione prodotta dagli attori, anche dalle stesse dichiarazioni dell'impiegato della R. che afferma che le condizioni di parziale ristrutturazione dell'albergo gli erano state confermate dall'agenzia corrispondente locale; il D.V. dichiarava di essersi fidato della predetta corrispondente circa lo stato dell'albergo e di non aver saputo prima delle condizioni e dello stato della struttura alberghiera.

Le omissioni colpevoli delle due società, come sopra descritte, fanno venire meno la diligenza nell'adempimento delle obbligazioni assunte cui all'art. 1176, 2° comma e quindi la responsabilità dell'evento va dunque ascritta alla R. s. r. l. e alla P. Viaggi s.r.l. in solido ai sensi dell'art. 14 del D.L.vo 111/1995; quindi saranno tenute all'indennizzo le rispettive assicurazioni tenute a garantire le predette società nei casi di responsabilità professionale civile (organizzazione di pacchetti turistici per la R. ed intermediazione per la P.).

Oltre la richiesta di danni per responsabilità contrattuale vengono richiesti danni da responsabilità extracontrattuale.

In particolare si osserva che il danno biologico non può essere riconosciuto in quanto non provato e non ricollegabile ai fatti descritti. Quanto al danno patrimoniale il Cotugno sostiene di aver fatto numerose telefonate dall'albergo in Italia e di aver dovuto chiedere al proprio datore permessi per poter sbrigare le pratiche presso gli uffici delle agenzie e delle assicurazioni. Con riferimento a quest'ultimo punto è stata data prova di alcuni permessi di uscita, ma non vi è altrettanto prova che essi riguardino uscite per recarsi ai predetti uffici. Inoltre in assenza di una voce di ritenuta sulla busta paga attinente ai permessi concessi dal datore di lavoro o di una dichiarazione dello stesso che questi andavano recuperati devono considerarsi permessi retribuiti e quindi il danno a tale titolo non sussiste. Quanto alle telefonate internazionali sulla base delle ammissioni delle parti convenute e del documento che è stato prodotto, in via equitativa il danno è valutato in € 100, comprensivo di interessi e rivalutazione monetaria. La domanda del "danno da vacanza rovinata" in aggiunta a quanto già riconosciuto deve trovare accoglimento.

Lo spirito delle norme del citato decreto ed in particolare l'art. 14, 15 e 16 nel prevedere una responsabilità per danni, dipendente dalla mancata esecuzione del contratto, oltre che patrimoniale anche di tipo diverso (danni alla persona e danni diversi alla persona, norma quest'ultima da allegare con l'art. 13 della legge 1084/1977) è quello di prevedere un integrale ristoro a favore del consumatore. Tale danno deve essere inteso come delusione da parte del consumatore per le aspettative tradite; tensioni e stress accumulati durante il periodo di vacanza conseguenti al mancato riposo stante la necessità di intraprendere continui reclami per i disservizi derivanti dalle omissioni delle società interessate; compromesso godimento di quel clima di relax e serenità lecito attendersi dalla vacanza; pregiudizio psichico e alla vita di relazione che assume particolare rilievo se subito in occasione di circostanze di norma non ripetibili (unico periodo di ferie nell'anno o particolari ricorrenze o viaggi di nozze urne nel caso in esame).

Un autonomo risarcimento per le sofferenze patite per i disagi da vacanza rovinata ha trovato riconoscimento da diverse decisioni dei giudici di merito. Tuttavia alcuni giudicanti negavano la risarcibilità dei danni non patrimoniali in considerazione della mancata rilevanza penale dei fatti che avevano potuto rovinare la vacanza. Tuttavia la Corte di Giustizia delle Comunità, con sentenza del 12.3.2002, interpretando l'art. 5 della Direttiva del 13.6.1990 (direttiva comunitaria attuata nel nostro ordinamento con il D.lgs. N.111/1995) ha stabilito che il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di viaggi, vacanze e di circuiti "tutto compreso".

Va inoltre precisato che recenti interventi legislativi settoriali hanno ammesso la c.d. risarcibilità del danno morale abbandonando ogni riferimento al reato. In tale contesto appare inserito il D.lgs. 111/1995, che ha attuato la direttiva n. 90/134, il cui articolo 5 è stato interpretato in modo inequivocabile dalla Corte di Giustizia.

Sulla base delle prove fornite, detto danno viene valutato, ai sensi dell'art. 1226 del c.c., in € 300,00 comprensivo, di interessi e rivalutazione monetaria, pari al 35% dell'intero costo del servizio prestato.

Il complessivo credito degli attori ammonta a € 660,72

Le spese processuali seguono la soccombenza, e vengono liquidate nel dispositivo, tenuto conto dell'effettivo valore della controversia e delle spese sostenute, così come documentate (omissis).

1) Brevi osservazioni in tema di c.d. "danno da vacanza rovinata"

Il riconoscimento del c.d. danno da vacanza rovinata è oggetto della pronuncia del Giudice di Pace di Roma che, in particolare, a tale titolo condanna i convenuti, organizzatore ed intermediario del viaggio, al pagamento in favore degli attori di una somma di denaro.

Si offre, pertanto, un interessante spunto per una breve riflessione relativamente all'indicata normativa.

Come noto, il d.lgs. n. 111 del 16.3.1995 ha attuato nel nostro ordinamento la direttiva 90/314/CEE del 13.6.1990 concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", finalizzata alla tutela del consumatore dall'inadempimento e/o cattiva esecuzione della prestazione fornita in occasione di un viaggio "tutto compreso". Al fine di individuare l'effettivo ambito di operatività della normativa, va, in primo luogo, specificata la fattispecie di riferimento, atteso che la vendita di singoli servizi turistici – servizio di trasporto, di soggiorno ovvero di qualunque altro separato servizio turistico – non configurandosi come fattispecie negoziale di organizzazione di viaggio ovvero di "pacchetto turistico" è disciplinata dalla Convenzione Internazionale di Bruxelles del 23.4.1970 relativa al Contratto di Viaggio, cui s'è data ratifica

ed esecuzione in Italia con l. n. 1084 del 27.12.1977 (normativa quest'ultima ovviamente applicabile ove possibile anche alla fattispecie disciplinata dalla direttiva).

A tale fine, soccorre una pronuncia della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che, chiamata a pronunciare in via pregiudiziale sull'interpretazione di alcune norme della direttiva, in ordine all'ambito applicativo ha dato la seguente precisazione "L'espressione <<tutto compreso>> di cui all'art.2, punto 1, della direttiva 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", deve essere interpretata nel senso che essa include i viaggi organizzati da un'agenzia di viaggi su domanda del consumatore e di un gruppo ristretto di consumatori e conformemente alle loro richieste." Ancora "L'espressione <<prefissata combinazione>> di cui all'art.2, punto 1, della direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso" deve essere interpretata nel senso che essa include le combinazioni di servizi turistici effettuate al momento in cui il contratto viene stipulato tra l'agenzia di viaggi ed il cliente" (Corte di Giustizia delle Comunità Europee sezione III, sentenza 30 aprile 2002, Causa C – 400/00; Club - Tour , Viagens e Turismo SA c. Lobo Gonçalves Garrido in Foro Italiano 2002, Parte IV, 329 ss., nota di A. Palmieri; Società, 2002, 1000, nota di Conti; Guida al diritto, 2002, fascicolo 19, 102, nota di Riccio; nel Repertorio 2002, Unione europea e Consiglio d'Europa [6915], n. 1901).

A mente del d.lgs. 111/1995, il pacchetto turistico ha ad oggetto i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso" risultanti dalla prefissata combinazione di almeno due degli elementi di seguito indicati, venduti od offerti in vendita ad un prezzo forfetario e di durata superiore alle ventiquattro ore, ovvero protratti per un periodo comprendente almeno una notte: a) trasporto; b) alloggio; c) servizi turistici non accessori al trasporto o all'alloggio che costituiscono parte significativa del pacchetto turistico.

L'ambito di applicazione così individuato inserisce la disciplina in esame nell'area della normativa a tutela del consumatore, in considerazione del sempre più massiccio e frequente ricorso dell'utenza all'acquisto del pacchetto turistico "tutto compreso", al fine di ridurre se non eliminare lunghi tempi di ricerca, organizzazione e prenotazione per la vacanza presso le singole strutture per albergo, trasporto e quant'altro accessorio al soggiorno, nonché per ridurre considerevolmente i costi. Ed è evidente lo spirito della direttiva che intende dare tutela al consumatore nel rapporto negoziale che s'instaura, per i vizi dell'acquisto, inadempimento, cattiva esecuzione del contratto, insolvenza, fallimento del professionista di riferimento.

Sotto questo profilo, due meccanismi risultano interessanti.

L'uno, sub art.7, imponendo all'organizzatore e/o al venditore l'obbligo di fornire prove sufficienti di disporre di garanzie per assicurare, in caso di insolvenza o di fallimento, il rimborso dei fondi depositati e il rimpatrio del consumatore, sostanzialmente richiede che lo Stato membro, all'atto del recepimento, istituisca un idoneo ed adeguato strumento di tutela del consumatore per i casi di insolvenza dell'organizzatore. A tale proposito, è interessante richiamare la pronuncia Rechberger e altri c Repubblica d'Austria con cui la Corte di Giustizia ha accolto la domanda dei ricorrenti che non avevano potuto ottenere il rimborso delle somme versate ad un operatore turistico divenuto insolvente, accertando la "non corretta trasposizione nel diritto interno di uno Stato membro dell'art. 7 della direttiva 90/314/CEE, allorché la norma nazionale di recepimento si limiti ad imporre, per la copertura del rischio, un contratto di assicurazione od una garanzia bancaria con un capitale assicurato pari almeno al 5% del fatturato derivante dall'attività dell'organizzatore nel corrispondente trimestre dell'anno precedente e prescrive ad un organizzatore esordiente di basarsi sulla stima del fatturato corrispondente all'attività prevista senza prendere in considerazione gli aumenti di fatturato che si verificano nell'anno in corso" (Corte di Giustizia delle Comunità Europee sentenza 15 giugno

1999, causa C – 140/97; Rechberger e altri c. Repubblica d'Austria in Foro Italiano 1999, IV, 299 e ss). A dire, quindi, che nel recepire la direttiva lo Stato membro non può ridurre lo standard minimo di tutela che dalla direttiva stessa derivi. Questa pronuncia, peraltro, è in linea con il consolidato indirizzo della Corte in ordine alla responsabilità diretta dello Stato membro nei confronti del singolo per il mancato e/o insufficiente recepimento della normativa comunitaria nell'ordinamento interno, formatosi con le note pronunce Francovich (Corte di Giustizia della CEE, 19 novembre 1991, cause riunite C – 6/90 e C – 9/90, in Foro Italiano 1992, IV, 145); Brasserie du Pecheur / Factortame III (Corte di Giustizia della CEE, 5 marzo 1996, cause riunite C – 46/93 e C – 48/93, in Foro Italiano 1996, IV, 185); British Telecommunications (Corte di Giustizia della CEE, 26 marzo 1996, causa C – 392/93, in Foro Italiano 1996, IV, 321); Hedley Lomas (Corte di Giustizia della CEE, 23 maggio 1996, causa C – 5/94, in Foro Italiano, Rep. 1997, voce Unione Europea., n. 764); Dillenkofer (Corte di Giustizia della CEE, 8 ottobre 1996, cause riunite C – 178/94 e C – 179/94, e da C – 188/94 a C-190/94 in Foro Italiano Rep.1997, voce Unione Europea, nn. 765, 1168 – 1171); Sutton (Corte di Giustizia della CEE, 22 aprile 1997, causa C – 66/95, in Foro Italiano Rep.1997, voce Unione Europea, nn. 766); Maso (Corte di Giustizia della CEE, 10 luglio 1997, causa C-373/95, in Foro Italiano, 1998, IV, 213 con nota di G.Ricci); Bonifaci e Palmisani (Corte di Giustizia della CEE, 10 luglio 1997, cause riunite C – 94/95 e C – 261/95, ibidem). Con il d.lgs. 111/1995, nel nostro ordinamento è stato istituito presso la Direzione Generale per il Turismo del Ministero delle Attività Produttive il Fondo Nazionale di Garanzia cui il consumatore può rivolgersi per i casi di insolvenza o fallimento dichiarato del venditore o dell'organizzatore al fine di ottenere il rimborso del prezzo versato ovvero il rimpatrio, nei casi di viaggi all'estero. In generale, la disciplina delle modalità di intervento del Fondo è regolata dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23.7.1999 n.349. In particolare, il Fondo è tenuto a fornire immediata disponibilità economica nelle ipotesi di rientro forzato da Paesi extracomunitari a causa di emergenze imputabili a comportamento dell'organizzatore.

L'altro meccanismo di tutela, sub art. 5 della citata direttiva, presenta maggiori peculiarità rispetto al nostro ordinamento, atteso che da questa disposizione origina il riconoscimento del c.d. danno da vacanza rovinata. La disposizione in oggetto prevede che gli Stati membri adottino misure idonee a garantire la responsabilità del professionista nei confronti del consumatore per la buona esecuzione degli obblighi risultanti dal contratto, fatta salva la facoltà di rivalsa per il professionista nei confronti dei terzi prestatori, ed esclusi i casi in cui l'inadempimento o la cattiva esecuzione del contratto non siano imputabili a fatto e colpa del professionista ovvero del terzo prestatore del servizio.

Venendo quindi al ristoro del danno, si distinguono i danni derivanti dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del "servizio tutto compreso", per i quali si consente agli Stati di limitare l'indennizzo conformemente alle convenzioni internazionali che disciplinano dette prestazioni, mentre "per quanto riguarda i danni diversi da quelli corporali derivanti dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del "servizio tutto compreso", gli Stati membri possono ammettere che l'indennizzo sia limitato in virtù del contratto. Questa limitazione non deve essere irragionevole".

Il d.lgs. 111/95 regola il regime di tutela per inadempimento o cattiva esecuzione del servizio, nonché le ipotesi di recesso ovvero di annullamento del servizio sub artt. 13, 14 e 15 e sulla base di queste disposizioni ha trovato accoglimento anche nel nostro ordinamento la domanda di risarcimento del danno da vacanza rovinata, intesa come danno non corporale e distinto dal danno biologico (tra le pronunce favorevoli si citano Tribunale di Milano, 4 giugno 1998, in Foro Italiano, Rep.1999, voce Trasporto (contratto di), n. 34, e Contratti, 1999,

39, con nota di E. Guerinoni; Tribunale di Torino 8 novembre 1996, in *Foro Italiano*, Rep.1997, voce *Contratto in genere*, n.285, e *Responsabilità civile* 1997, 818, con nota di M. Gorgoni; Pretura Ivrea 21 settembre 1998, in *Foro Italiano*, Rep.1999, voce *Turismo*, n. 19, e *Danno e Responsabilità*, 1999, 565, con nota di M. Granieri; Pretura di Roma 11 dicembre 1996, in *Foro Italiano*, Rep.1998, voce *Contratto in genere* n. 525 e *Nuova giurisprudenza civile*, 1997, I, 875, con nota di Z. Zencovich; Giudice di Pace di Cagliari 24 gennaio 2001, in *Giudice di pace* 2001, 100 con nota di E. Guerinoni; Giudice di Pace di Venezia 1 giugno 2000, in *Foro Italiano*, Rep.2000, voce *Turismo*, n.14 e *Danno e Responsabilità* 2000, 1219, con nota di I. Nasti; Giudice di Pace di Siracusa 26 marzo 1999, in *Foro Italiano*, Rep. 2000 voce *Trasporto (contratto di)* n.32 e *Giustizia civile* 2000, I, 1205 con nota di T. Serra; Giudice di Pace di Bari 21 aprile 1999, in *Foro Italiano*, Rep. 1999 voce *Danni civili*, n. 172 e *Archivio civile*, 1999, n. 876; Giudice di Pace di Milano 28 dicembre 1997, in *Foro Italiano*, Rep.1999, voce *Danni civili*, n. 171 e *Giudice di Pace* 1999, 58).

La pronuncia del Giudice di Pace di Roma, pertanto, in linea con il citato indirizzo, ha accolto la domanda degli attori, sul rilievo dello spirito delle normative comunitarie e del decreto di recepimento, ravvisando nella fattispecie in esame sia il danno patito dai consumatori per la cattiva esecuzione del servizio tutto compreso acquistato presso i convenuti, sia il danno inteso come delusione per l'attesa tradita del riposo e della serenità che ci si aspetta dalla vacanza, quale momento di distacco dalle attività quotidianamente svolte.

Deve rilevarsi, tuttavia, che il riconoscimento dell'indicato profilo di danno non è pacifico. Il passaggio attraverso il risarcimento del danno morale in un'ipotesi estranea all'art. 2059 c.c., infatti, può essere negato. Per tutti, il Tribunale di Venezia ha negato la risarcibilità del danno da vacanza rovinata "atteso che la limitazione della risarcibilità alle sole conseguenze penali degli illeciti aquiliani (art.2059 c.c.) non appare allo stato della legislazione superabile" (Tribunale di Venezia n.2169/2000).

La Corte di Giustizia, peraltro, con la pronuncia Leitner ha espressamente riconosciuto che "L'art. 5 della direttiva 90/314/Cee, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso", deve essere interpretato nel senso che il consumatore ha diritto al risarcimento del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni fornite in occasione di un viaggio "tutto compreso" (Corte di Giustizia CEE sezione VI, sentenza 12 marzo 2002, causa C – 168/00, Leitner c. TUI Deutschland GmbH & Co.K.G., in *Foro Italiano* 2002, IV, 329 con nota di A. Palmieri; in *Corriere giuridico*, 2002, 998, nota di Conti; *Responsabilità civile*, 2002, 360, nota di Guerinoni; *Contratti*, 2002, 952, nota di Putti; *Danno e responsabilità*, 2002, 1097, nota di Carrassi e Maiolo; *Giurisprudenza italiana*, 2002, 1801, nota di Sesta; *Guida al diritto*, 2002, fascicolo 13, 104, nota di Rodolfi; *Diritto e giustizia*, 2002, fascicolo 12, 59, nota di Lamicela; nel *Repertorio*: 2002, Unione europea e Consiglio d'Europa [6915], n. 1899). E' stato osservato come con questa pronuncia la Corte abbia voluto dare una nozione onnicomprensiva del danno risarcibile a seguito dell'inadempimento della prestazione promessa al turista, in linea con lo spirito della direttiva tesa a garantire uno standard minimo di tutela che può essere disatteso dai singoli Stati esclusivamente in presenza di condizioni ancora più rigorosamente favorevoli al consumatore (clausola generale espressa dalla direttiva sub art. 8), attese le diversità dei vari ordinamenti e delle conseguenti difficoltà sistematiche a raggiungere un comune ed elevato grado di tutela (così A. Palmieri nota citata).

Allo stato, la pronuncia del Giudice di pace di Roma, sostanzialmente aderendo ai principi enunciati nella pronuncia Leitner, ha dato applicazione al decreto di recepimento, attuando così quello standard di tutela imposto a favore del consumatore.

Avv. Francesca VALENTINO

**TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA - Sezione Indagini preliminari -
Ordinanza 7 aprile 2004 - 3122/01 - Estensore Dott. Mario Frigenti**

Procedimento penale – Azione civile in sede penale – Reati associativi
art.416 bis c.p. – Astratta configurabilità del danno – Sussistenza
Costituzione di parte civile - Ammissibilità

E' astrattamente ipotizzabile un danno tale da consentire la legittimazione all'esercizio dell'azione civile in sede penale del soggetto privato anche con riferimento al reato associativo di cui all'art. 416 bis C.p (1).

L'ordinanza così motiva: (Omissis)

Il Giudice visto l'atto di costituzione di parte civile; rilevato che, avuto riguardo al tenore del capo di imputazione e alle condotte ivi indicate, ovvero al quadro complessivo che le stesse delineano, allo stato, appare astrattamente ipotizzabile un danno tale da consentire la legittimazione all'esercizio dell'azione civile in sede penale, anche con riferimento al reato associativo;

rilevato che il petitum e la causa petendi, nei termini indicati nell'atto di costituzione, sono conformi al disposto dell'art. 78 C.p.p., ammette la costituzione di parte civile nei termini soggettivi ed oggettivi di cui alla richiesta contenuta nell'atto di costituzione.

(1) Associazione di stampo mafioso e costituzione di parte civile del privato.

La ordinanza - in questo processo con numerosi imputati e numerosi capi di imputazione - ha ammesso la costituzione di parte civile di talune persone offese nei reati di usura ed estorsione, anche nei confronti degli imputati del solo reato associativo. Bisogna rilevare che l'ordinamento vigente non considera la parte civile come accusa privata che affianca il pubblico ministero e come soggetto che tende essenzialmente al fine della punizione del colpevole. La parte civile partecipa al processo solo in quanto titolare dell'azione civile e non può richiedere nei confronti dell'imputato la sanzione penale.

Trattasi di azione accessoria, non essendo indispensabile per le finalità proprie del processo penale ed eventuale, potendo la parte adire il giudice civile.

Tali sono i connotati di ordine generale della parte civile sulla quale devono afferire, per una legittima costituzione, ed insistere ulteriori elementi di natura soggettiva.

Bisogna muovere dalla distinzione generale del concetto di illecito civile ed illecito penale.

Per costante Giurisprudenza l'illecito civile è di carattere soggettivo, di carattere relativo e non può avere una valenza generale, nel senso che è illecito solo nei confronti di un soggetto determinato. L'illecito penale, invece, è oggettivamente individuabile in base alle condotte lesive della norma-precepto.

L'illecito civile ricorre solo se la condotta posta in essere abbia violato la sfera giuridica del soggetto che, deducendone l'illiceità, lo pone quale causa petendi della domanda di risarcimento. La conseguenza è che il fatto può essere qualificato illecito solo nei confronti del soggetto leso nel suo patrimonio giuridico e diviene, inoltre, fonte di obbligazione risarcitoria per l'autore del fatto (art. 2043 Cod. civ.).

Deve, poi, trattarsi ai sensi dell'art. 2043 Cod. civ. di "danno ingiusto" e non di danno in genere che deriva dalla lesione di un qualsiasi interesse, ma di danno che lede un interesse tutelato in via diretta ed immediata dalla norma, vale a dire un diritto soggettivo. Il risarcimento del

danno nasce da comportamento che può non coincidere col reato, allorché coincide col reato si può optare per l'esercizio dell'azione in sede penale, si può chiedere il risarcimento dei danni morali (art. 2059 Cod. Civ.), che per costante Giurisprudenza concernono "l'ampiezza della domanda proponibile", ma l'azione risarcitoria è la medesima ed il danno morale deve essere egualmente "ingiusto", vale a dire deve derivare in modo immediato e diretto dal fatto.

Il reato di associazione di tipo mafioso ex art. 416 bis C.p. tutela l'obiettività giuridica consistente nell'ordine pubblico e per tale natura concerne un interesse collettivo e non un interesse individuale. Solo nei confronti delle Istituzioni territoriali o nazionali sussiste un danno risarcibile.

Nei confronti del privato o di eventuali associazioni di natura privata, non esiste alcun danno risarcibile, trattandosi di danno collettivo e non di danno individuale.

Le problematiche interpretative nella vigenza del Codice abrogato, sulla possibilità che gli interessi collettivi rappresentati da associazioni od enti privati possano essere tutelati in maniera immediata e diretta dall'ordinamento giuridico si da assurgere a diritti, sono state superate dalla normativa del Codice del 1989 che ha regolamentato la ammissibilità dell'azione, imponendo il consenso della persona offesa; e per l'esperibilità dell'azione la preesistenza dell'associazione al fatto--reato.

L'ammissione della costituzione di parte civile del cittadino privato nei confronti di un imputato di reato associativo di stampo mafioso, non è sorretta da alcun diritto esistente leso e pertanto non è azionabile né in sede civile, né in sede penale.

Attraverso il delitto de quo l'ordinamento cerca di difendere beni giuridici di interesse generalissimo.

L'art. 416 bis e 416 C.p. tutelano, malgrado l'aggressione sia portata con tecniche ed effetti diversi, l'ordine pubblico, per cui appare chiaro che tramite i delitti di associazione si vogliono incriminare quelle azioni che sostanziano una lesione dei suddetti beni giuridici. In altri termini sono azioni in cui dovrebbe risultare preminente l'organizzazione, cioè un apparato di mezzi e di persone dotato di una propria interna normazione di natura disciplinare o quantomeno di alcuni principi comportamentali assistiti dalla opinio necessitatis dei membri dell'organizzazione.

D'altra parte la stessa scienza amministrativa, col Giannini, a proposito delle associazioni mafiose parla di ordinamenti particolari. La condotta contestata agli imputati non lede, all'evidenza, in maniera diretta ed immediata gli interessi dei singoli cittadini. La protezione normativa dell'interesse genera la individuazione del soggetto portatore dell'interesse per il quale assume i connotati di un diritto soggettivo.

Danno immediato e diretto della condotta contestata è la mancanza di sicurezza del vivere civile, elemento di natura generale o collettiva e non individuale.

Né è ammissibile la costituzione di parte civile a titolo di danno "morale" ex art 2059 Cod. Civ. "concerne l'oggetto l'ampiezza della domanda proponibile, non l'azione che resta, in ogni caso, quella generale, di risarcimento da fatto illecito. Non esiste, non è concepibile (è ovvio, ma non inutile rilevarlo) un'azione per chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale, diversa (o "minore") di quella necessaria per chiedere il risarcimento del danno patrimoniale "(Cass., Sez Un. 21 maggio 1988,ric. Iori).

Se manca pertanto il danno patrimoniale per inesistenza del diritto, manca assolutamente anche il danno morale. Né può considerarsi ammissibile la costituzione della parte civile sulla base dell'esistenza di un "interesse" all'esito del processo. A tale conclusione si perviene sulla scorta della costante Giurisprudenza della Cassazione e sulla base del principio dell'unitarietà dell'azione civile, che considera la stessa non finalizzata all'esercizio di un'azione propria nel processo penale.

In altri termini non esiste azione esercitabile esclusivamente davanti al giudice penale in base a presupposti propri e proprie condizioni di ammissibilità e proponibilità.

L'azione è unica ed è esercitabile, a discrezione, davanti al giudice penale e davanti al giudice civile, per cui sarebbe impropria l'espressione "legittimazione alla costituzione di parte civile" come affermato dall'Ordinanza.

Né, infine, può considerarsi il privato persona offesa dal reato di associazione di tipo mafioso.

Il codice attuale ha inserito in un titolo autonomo la persona offesa dal reato, rispetto al titolo dedicato alla parti private diverse dall'imputato, che comprende il "danneggiato".

Si tratta di due soggetti processuali: persona offesa e danneggiato, distinti e diversi, a volte coincidenti, ma con ruoli peculiari ed autonomi.

Alla persona offesa, quale titolare dell'interesse leso dalla norma di diritto sostanziale violata, sono riconosciuti facoltà e diritti sin dalla fase delle indagini preliminari.

Al danneggiato del reato, invece, è potenzialmente assegnato un ruolo processuale solo in quanto il procedimento sia davanti al giudice dell'udienza, preliminare o dibattimentale.

Il ruolo assegnato al danneggiato consiste nel consentirgli la possibilità di costituirsi parte civile.

Le due figure possono coincidere nello stesso "soggetto", ma ben possono essere distinte.

Tra i diritti della persona offesa, se non è danneggiata, non è compreso quello di esercitare in sede penale l'azione civile, né a titolo di danno patrimoniale, né a titolo di danno morale. Il diritto che legittima all'esercizio dell'azione civile nel processo penale è codificato nell'art. 74 C.p.p. e comprende "il soggetto (anche non persona offesa) al quale il reato ha recato un danno" che nel caso di specie non sussiste nella accezione così come delineata

Avv. Prof. Pietro NOCITA

TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA - Sentenza 16 marzo 2004

Giudice Unico Dott. Ariolli

Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale - Necessità che la condotta sia volta ad impedire o a far omettere al pubblico ufficiale l'atto del proprio ufficio - Sussistenza.

Ingiuria e minaccia aggravata al pubblico ufficiale - differenza (artt 336, 594, 612, 61 n. 10 c.p.)

Per la sussistenza del delitto di violenza o minaccia a pubblico ufficiale occorre che l'uso della violenza o della minaccia sia diretto a costringere il pubblico ufficiale a compiere un atto contrario ai doveri di ufficio o ad omettere un atto del proprio ufficio (1).

In caso di prospettazione di un male ingiusto non chiaramente ed esplicitamente finalizzata alla costrizione funzionale del pubblico ufficiale è da escludersi il reato di cui all'art. 336 c.p.; sussistono, invece, i diversi reati di ingiuria e minaccia aggravata a pubblico ufficiale (2)

La sentenza così motiva: (Omissis) Osserva il Giudice che all'imputato si contesta il delitto di violenza o minaccia a pubblico ufficiale p. e p. dall'art. 336 c.p.. Come noto, affinché sia integrata tale fattispecie criminosa occorre che l'uso della violenza o della minaccia sia diretto a costringere il pubblico ufficiale a compiere un atto contrario ai doveri di ufficio o ad omettere un atto del proprio ufficio. Ebbene, dalla lettura dell'annotazione di P.G. acquisita sull'accordo delle parti, non risulta in modo univoco che la minaccia proferita dall'imputato agli agenti "mio padre è un alto magistrato vi creo dei problemi assurdi, non andrà a finire così vi porto

tutti in Tribunale penale vi faccio trasferire siete tutti sporchi bugiardi" fosse volta ad impedire o a far omettere agli stessi agenti il compimento dell'atto di P.G. (identificazione e denuncia per guida in stato di ubriachezza). Ed invero, le frasi minacciose e chiaramente offensive sopra evidenziate vennero proferite dall'imputato nell'ambito di un comportamento "irriguardoso" tenuto dal momento del controllo ove "urlava per attirare l'attenzione delle persone in strada" sino all'interno degli uffici del Commissariato di P.S. . Pertanto, la minaccia sembra più volta ad incutere un timore agli agenti operanti più per l'atto di P.G. appena compiuto. Altrimenti non avrebbe avuto senso fare riferimento all'esercizio di un'azione giudiziaria o all'esito di una azione disciplinare a seguito dell'intervento del padre magistrato della Corte dei Conti, prospettiva che, al di là della palese infondatezza e anche illegittimità, non fu chiaramente ed esplicitamente finalizzata alla costrizione funzionale della P.G. (in nessuna parte dell'annotazione si legano chiaramente le frasi offensive e minacciose all'intento di impedire l'atto di ufficio).

Sussistono quindi i diversi reati di ingiuria e minaccia aggravata a pubblico ufficiale, non perseguibili per mancanza di querela.

Quanto, invece, alla guida in stato di ebbrezza, il reato è estinto per prescrizione, risultando commesso il 4.11.2000, data da cui è interamente trascorso il termine ordinario di prescrizione in assenza di atti interruttivi (il D.C. è stato emesso il 1.12.2003).

(1-2) Il reato di cui all'art. 336 c.p. è un delitto contro la pubblica amministrazione la cui ratio di tutela consiste nelle esigenze di funzionamento e di prestigio della pubblica amministrazione, interpretate quest'ultima con riferimento all'art. 97 della Costituzione.

I pubblici funzionari non devono subire da parte dei privati condizionamenti nel processo di formazione delle proprie decisioni (funzionali)¹. E'una tutela rafforzata dei pubblici funzionari, sia pure attenuata, per la necessità di rendersi conforme ai principi costituzionali. Tale evoluzione è stata lenta, infatti, la Corte Costituzionale ha considerato tale norma legittima² in quanto la tutela penale della persona fisica, titolare del pubblico ufficio, è assorbita in quella del prestigio della pubblica amministrazione.

Il delitto di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale o incaricato di un pubblico servizio sanziona due condotte: il primo comma dell'art. 336 c.p. punisce chi usa violenza o minaccia sul soggetto passivo del reato per costringerlo a fare un atto contrario ai propri doveri o ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio; il secondo comma punisce chi usa violenza o minaccia per costringere il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio a compiere un atto del proprio ufficio o servizio o per influire, comunque, su tale soggetti.

Nella fattispecie riportata secondo l'accusa l'imputato avrebbe minacciato gli agenti operanti per costringerli ad omettere un atto dell'ufficio; sorpreso alla guida in stato di ebbrezza egli avrebbe cercato di evitare la relativa denuncia attraverso una minaccia.

La minaccia consiste nella prospettazione di un male ingiusto e futuro, quale alternativa per la mancata sottomissione alla volontà del soggetto che ha posto in essere la minaccia³. Per "male" si intende la lesione o messa in pericolo di beni giuridici del soggetto passivo del reato o di terzi a lui legati da rapporto di parentela o di affetto⁴.

Per la sussistenza del delitto di cui all'art. 336 c.p. è necessario che la minaccia sia posta in essere al fine di incidere sui poteri dell'ufficio⁵.

1 Manzini, Trattato di diritto penale italiano, IV, 5° ed. aggiornata a cura di P. Nuvolone e G.D. Pisapia, Torino, 1981, 441; Riccio, voce *Violenza o minaccia e resistenza alla pubblica amministrazione*, in *Noviss. Dlg. It.*, XX, Torino, 1975, 976; Cass. 2 aprile 1981, in *Riv. pen.*, 1982, 207.

3 Fiandaca-Musco, *Diritto Penale, Parte Sociale, Volume I*, Terza edizione, 2002 Zanichelli editore, pag. 282.

4 Cfr. Manzini, Trattato cit., 630; Cass. 6 marzo 1979, in *Riv. pen.*, 1979, 930.

2 Corte Cost., 22 maggio 1973, n. 68, in *Giur. cost.*, 1973, 817.

5 Cass., Sez. VI, 6.10.1993-11.12.1993, n. 2729, ric. Prudele.

Nel caso in esame il Giudice esclude la sussistenza del delitto ipotizzato. Secondo il Tribunale "la minaccia sembra... volta ad incutere un timore agli agenti operanti più per l'atto di P.G. appena compiuto" che per costringere ad omettere la denuncia. Il "riferimento all'esercizio di una azione giudiziaria o all'esito di una azione disciplinare a seguito dell'intervento del padre magistrato" non avrebbe avuto senso in mancanza della denuncia da parte dei pubblici ufficiali. In assenza della strumentalizzazione della minaccia all'omissione dell'atto di ufficio non è possibile ravvisare il delitto di cui all'art. 336 c.p.

Ad escludere tale reato, inoltre, è sufficiente la mera non univocità della condotta di minaccia, finalisticamente attuata.

Nel caso riportato, infatti, il Giudice sottolinea come la prospettazione del male ingiusto non fosse "chiaramente ed esplicitamente" finalizzata alla costrizione funzionale della P.G.

Inoltre, a prescindere dal fine a cui fosse indirizzata, la minaccia posta in essere appare priva del requisito necessario dell'idoneità. Essa, invero, non sembra idonea a coartare la capacità di autodeterminazione del soggetto passivo⁶.

Si tratta nella fattispecie di una minaccia sotto un certo aspetto inefficace perché espressa da un soggetto in evidente stato di ebbrezza e che gli agenti operanti hanno percepito come tale. Quel che rileva è che il male minacciato è qualificato dallo stesso Tribunale come "palesemente infondato e anche illegittimo"⁷.

La sentenza porta nei propri alvei la natura della minaccia o violenza di cui all'art. 336 c.p., che deve essere specifica e finalizzata.

Nel soppresso reato di oltraggio - ora condotta rientrante nei delitti di minaccia ed ingiuria invece, la condotta non deve essere finalizzata all'ottenimento di un risultato, ma basta che sia astrattamente idonea ad aggredire la persona del soggetto passivo del reato o ad incutere timore nello stesso (Sonia TIBERI)

⁶ Cass., Sez. VI, 10.1.1997-8.1.1998, n. 95, ric. Colonna; Cass., Sez. I, 31 ottobre 1986-20 gennaio 1987, n. 3567, ric. Pret. Velletri; Cass., 23 maggio 1980, in Riv. pen., 1981, 207; Cass. 19 gennaio 1971, ivi, 1973, II, 232.

⁷ Tuttavia vedi Cass., Sez. VI, 13.7.1993-25.8.1993, n. 2305, ric. Quaranta, secondo la quale anche la semplice frase "volete la guerra, guerra sia" proferita all'indirizzo di un carabiniere che stava procedendo al sequestro di un motoveicolo è idonea a coartare la volontà del p.u.. Per completezza si

ricorda che secondo parte della giurisprudenza di legittimità "integra la condotta del reato di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale (art. 336 cod. pen.) anche il comportamento con il quale l'agente minacci di privarsi della vita per ritorsione a un atto legittimo, quando la minaccia sia idonea a intralciare la pubblica funzione, atteso che il male prospettato nella forma dell'autolesionismo è ingiusto" (Cass., Sez. VI, 24.4.2001-18.5.2001, n. 20287, ric. Laurenzi F.).

**TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA - Sezione Indagini Preliminari
Ordinanza 5 Febbraio 2004 - R.G. 3131/03
Estensore Dott. Claudio Tortora**

Procedimento penale – Giudizio abbreviato – Istanza – Condizionata alla trascrizione delle intercettazioni telefoniche e/o ambientali – Inammissibilità

Procedimento penale – Giudizio abbreviato – Istanza – Condizionata alla trascrizione delle intercettazioni ed alla successiva traduzione – Inammissibilità

Procedimento penale – Giudizio abbreviato – Condizionato all'integrazione probatoria – Nuove prove – Ammissibilità – Fattispecie

La richiesta di Giudizio abbreviato condizionato alla trascrizione - prevista dall'art. 268 C.p.p. - delle intercettazioni telefoniche e/o ambientali è inammissibile perché i risultati di tutti gli atti legittimamente assunti nel corso delle indagini preliminari sono pienamente utilizzabili nel giudizio abbreviato (1).

E' inammissibile la richiesta di rito abbreviato condizionato alla trascrizione delle intercettazioni in lingua straniera ed alla successiva traduzione (2).

Nell'ambito del giudizio abbreviato condizionato all'integrazione probatoria sono ammissibili nuove prove destinate a completare il quadro probatorio già configurato sulla scorta degli atti utilizzabili (3).

L'ordinanza così motiva: (Omissis): Il Giudice, considerate le richieste di giudizio abbreviato condizionata presentate nell'interesse degli imputati, preso atto del parere su tali richieste espresso dal P.M.;

considerato che le richieste hanno prospettato la necessità della trascrizione delle intercettazioni telefoniche e/o ambientali disposte nel presente procedimento (in alcuni casi con riferimento generico alle conversazioni indicate dal P.M. nella richiesta di rinvio a giudizio, in altri casi con riferimento anche ad altre conversazioni dal P.M. non incluse nella richiesta di rinvio a giudizio ma specificamente indicate, in altri casi ancora accompagnando la richiesta con l'ulteriore richiesta di separata trascrizione in lingua straniera e in lingua italiana delle conversazioni avvenute, appunto, in lingua straniera, ovvero di comparazione delle voci dalla P.G. attribuite ad una medesima persona al fine di dirimere i dubbi, a dire della difesa del Lampedecchia giustificati dal tenore di alcuni verbali di intercettazione redatti dalla P.G. e specificamente indicati, sulla effettiva attribuibilità a tale ultimo imputato delle frasi contenute in tali conversazioni e indicate come proprie di tale "Christian"), nonché dell'escussione di alcuni degli operanti protagonisti di particolari servizi di o.p.c. o di perquisizioni, e, infine, dell'espletamento di una perizia grafologica e chimica sugli appunti sequestrati a Palma Francesco per acquisire elementi di valutazione sull'attribuibilità delle calligrafie all'imputato in questione e sui tempi e modi delle registrazioni contabili e delle correzioni che si ipotizza dallo stesso poste in essere;

ritenuto che le richieste sotto tutti i profili non possano essere accolte;

ritenuto, in particolare, che: a) l'integrazione probatoria avente ad oggetto le trascrizioni delle intercettazioni delle conversazioni telefoniche e/o tra presenti appaia, da un lato, non necessaria perché lo stato degli atti processualmente utilizzabili mostra l'avvenuta acquisizione di sufficienti elementi di valutazione che autorizzano a ritenere superflua qualsiasi ulteriore attività istruttoria (si fa rinvio, a tale proposito, alle ordinanze emanate all'udienza del 5.2.2004, nelle parti relative alla natura della trascrizione de qua quale mezzo non probatorio, nonché alla

piena utilizzabilità, nell'udienza preliminare e nel giudizio abbreviato, dei risultati di tutti gli atti legittimamente assunti nel corso delle indagini preliminari, ivi comprese le trascrizioni informali delle intercettazioni trasfuse nei verbali della P.G. - ontologicamente paragonabili alla trascrizione peritale perché anch'esse destinate a tradursi nella trasposizione con segni grafici del contenuto delle registrazioni - e, in concreto, alla idoneità probatoria nell'udienza preliminare e nel giudizio abbreviato dei verbali suddetti, per i quali si pongono unicamente i normali problemi di interpretazione del linguaggio criptico o allusivo eventualmente riscontrato nelle conversazioni), tenuto conto del fatto che le richieste di trascrizione presentate nell'interesse dei suddetti imputati sono generiche, ossia non sono state accompagnate da un'adeguata segnalazione della loro utilità per il giudizio in ragione di concreti e specifici rilievi eventualmente prospettabili (sulla scorta dell'ascolto e dell'eventuale privata trascrizione per mezzo di C.T.P. delle conversazioni oggetto delle registrazioni depositate, ascolto e trascrizione privata nella fattispecie consentiti, non solo dal rituale deposito del materiale ma anche dalla trasposizione, su supporto informatico lodevolmente messo dal P.M. a disposizione delle parti sin dall'esecuzione delle misure cautelari, delle medesime conversazioni, che pertanto erano agevolmente suscettibili di ascolto da parte degli interessati) sulla oscurità e non intelligibilità delle conversazioni medesime e sulla conseguente inaffidabilità delle trascrizioni informali della P.G., e, dall'altro, perché i mezzi di prova di cui si invoca l'assunzione non risultano compatibili con le esigenze di celerità e semplificazione che ispirano l'istituto del rito abbreviato (la perizia di trascrizione riguarderebbe, infatti, un notevole numero di registrazioni e richiederebbe in alcuni casi l'ausilio di interpreti, sicché se ne potrebbe ipotizzare l'espletamento nell'arco, non certo di giorni, ma di mesi); b) fermo restando il fatto che, nell'ambito del giudizio abbreviato condizionato all'integrazione probatoria, le nuove prove, per essere ammissibili, debbono necessariamente essere destinate a completare il quadro probatorio configurabile sulla scorta degli atti utilizzabili, con la conseguenza che, in mancanza, come nella fattispecie, di richieste proposte (contestualmente) in via subordinata (per esempio, richiedendo il giudizio abbreviato a condizione che si assumano le prove X, Y e Z, ovvero, ire subordinate, che si assumano le prove X ed Y ovvero, in ulteriore subordinate, che si assuma quanto meno la prova X), il G.U.P. deve rigettare la richiesta condizionata anche se solo uno dei vari mezzi di prova proposti non sia necessario (a completare il suddetto quadro) ovvero compatibile con le anzidette finalità di economia processuale, occorre puntualizzare che anche l'escussione degli operanti - in relazione ai servizi di o.c.p. o alle perquisizioni indicati dalle parti - non appare necessaria, in mancanza della prospettazione vuoi delle ragioni che dovrebbero indurre a ritenere inaffidabili i verbali fidefacenti esistenti agli atti (anche l'annotazione relativa al servizio di o.c.p. ha tale valore nella parte in cui il P.U. attesta il personale compimento di fatti o la verifica di fatti caduti sotto la sua percezione sensoriale), vuoi delle ragioni probatorie della asserita necessità dell'escussione degli operatori in relazione sia all'esigenza di completamento delle circostanze indicate negli atti di P.G. con altre circostanze rilevanti, sia allo scopo dimostrativo della escussione medesima non essendo stato chiarito dalle difese perché l'escussione richiesta dovrebbe apportare risultati probatori utili alla difesa e diversi da quelli desumibili dagli atti utilizzabili ovvero suscettibili di infirmare la conclusione di questi ultimi), mentre, per quanto concerne la perizia calligrafico-chimica, la deduzione della sua necessità è stata così generica da non giustificare l'ammissione del mezzo istruttorio, non essendo state prospettate puntuali ragioni, concretamente riferite alle caratteristiche della documentazione sequestrata che dovrebbe formare oggetto dell'accertamento, che dovrebbero giustificare l'insinuazione del dubbio sulla attribuità a Palma Francesco delle registrazioni contabili in esame, che è stato posto a fondamento della richiesta integrazione probatoria.

(1-4) Intercettazioni in lingua straniera e rito abbreviato

Con l'Ordinanza de qua il Giudice dell'udienza preliminare ha rigettato la richiesta del rito abbreviato condizionata alla trascrizione delle intercettazioni telefoniche. Il GUP ha ritenuto la trascrizione non necessaria ai fini della decisione, potendo pienamente utilizzare i c.d. brogliacci d'ascolto, cioè i verbali redatti dalla P.G. in cui è trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate (art. 268 comma 2).

La decisione del GUP, sotto tale profilo, è aderente ai principi del giudizio abbreviato e al dato normativo, pertanto è da condividere.

Non vi è dubbio, infatti, che il rito abbreviato, sotto il profilo probatorio, consiste in un giudizio a "prova contratta" (Cass. Sez. Unite 301512000 n. 16, Ric. Tammaro), cioè un giudizio fondato sugli elementi raccolti durante la fase delle indagini preliminari ed, eventualmente, durante l'udienza preliminare, attribuendo così a tali elementi quel valore probatorio di cui essi sono normalmente sprovvisti nel giudizio ordinario.

E' proprio questo il prezzo che paga l'imputato per avere lo sconto "secco" di un terzo della pena.

La scelta del rito, dunque, sana il vizio-sanzione dell'inutilizzabilità fisiologica degli atti di indagine ai fini della decisione (art. 526 C.p.p.), cioè quell'inutilizzabilità derivante da una caratteristica fondamentale del modello processuale accusatorio rappresentata dalla separazione tra il procedimento ed il processo, per cui gli atti di indagine non sono prova e la prova è soltanto quella che si forma in dibattimento nel contraddittorio tra le parti.

Tuttavia, se la piena utilizzabilità dei verbali della P.G. non desta perplessità, trattandosi di atti legittimamente acquisiti al fascicolo del P.M. (l'unico disponibile in detto giudizio), molte sono le perplessità circa l'utilizzabilità, nel caso di specie, del contenuto dei verbali.

Si tratta, infatti, di verbali in cui le comunicazioni intercettate in lingua straniera sono state trascritte direttamente in lingua italiana dall'agente di P.G.. Poiché l'elemento probatorio che il giudice pone a fondamento della decisione non è il verbale materialmente inteso, ma il suo contenuto, il GUP avrebbe dovuto ammettere il rito per garantire una corretta traduzione del materiale fonico e, conseguentemente, una corretta decisione.

Solo l'interprete, non l'agente di P.G., è deputato a "convertire i discorsi alieni nella lingua del processo" (F. Cordero), cioè l'italiano (art. 109 C.p.p.). Il brogliaccio che interpreta e rende in lingua italiana il colloquio intercettato necessariamente inquina l'elemento di prova, poiché così come è presentato al Giudice non è nella realtà.

Né rileva il fatto che l'intercettatore possa essere ottimo conoscitore della lingua, in quanto è diritto dell'imputato avere cognizione del dato probatorio nella sua originalità.

Già le trascrizioni non costituiscono l'elemento di prova dell'intercettazione, ma la trasposizione grafica del dato probatorio rappresentato dalla parola. Autorevole dottrina rileva che, per il Giudice, l'opera dell'interprete non è dissimile da quella del perito e varia soltanto perché nell'interpretazione è carente un'attività valutativa.

Al di là, pertanto, di ogni ragionamento che potrebbe anche essere sofisticamente persuasivo, resta il dato incontrovertibile della inesistenza di una prova nella sua interezza materiale e si viola, dunque, un diritto dell'imputato costituzionalmente garantito.

Ben sappiamo che la Cassazione (Sez. I, 23/1/2002, Ric. P.M. in proc. Wuta Ofei) ha ritenuto la possibilità dell'emissione di un'ordinanza di custodia cautelare sulla base di un'intercettazione in lingua straniera trascritta da un ausiliario di Polizia presente.

Tale situazione processuale riguarda un procedimento incidentale e non una prova da valutare per l'emissione di un giudizio.

La Ordinanza sul punto, pertanto, doveva ammettere la trascrizione delle parole nella lingua con cui sono espresse e, successivamente, affidare ad un interprete la traduzione in lin-

gua italiana.

Resta comunque da porre in evidenza un dubbio circa la utilizzabilità dei verbali di P.G..

La loro utilizzabilità, in quanto atti di indagine, è fuori discussione se si guarda alla ratio ed al dato normativo del rito abbreviato, proprio perché la scelta del rito sana, come già precisato, l'inutilizzabilità c.d. fisiologica.

Tuttavia, il rito abbreviato non sana assolutamente l'inutilizzabilità c.d. patologica, inerente, cioè, alle modalità di assunzione degli atti probatori.

C'è da chiedersi, dunque se sia utilizzabile una traduzione in lingua italiana realizzata con modalità differenti da quelle espressamente previste dall'art. 268 comma 7, C.p.p..

Avv. Maria Concetta MARZO

TRIBUNALE DI ROMA - Sezione per l'applicazione delle misure di prevenzione - Decreto 23 giugno 2001 n.141 - est. Pres. Barbalinardo

Misure di prevenzione – pericolosità sociale – definizione – Prova di reità – necessità – Esclusione

Misure di prevenzione – Applicazione – Condizioni – “Appartenenza al sodalizio” – Reato di associazione mafiosa – Necessità – Esclusione

Misure di prevenzione – patrimoniali – Applicazione – Condizioni

Misure di prevenzione – Applicazione – Titolarità dei beni – Concetto – Interpretazione ampia – Legittimità

Misure di prevenzione – Applicazione – Condizioni – Preventivo esercizio dell'azione penale – Necessità – Esclusione

Nel lato concetto di pericolosità sociale rientra l'accertata predisposizione al delitto anche se nei confronti del soggetto non sia raggiunta una prova di reità (1)

Concetto di "appartenenza" al sodalizio è ogni comportamento, che pur non realizzando il reato di associazione mafiosa, è funzionale agli interessi dei poteri criminali (2).

I presupposti per le applicazioni delle misure patrimoniali consistono nella riconducibilità dei propositi ad una delle categorie di soggetti pericolosi e la provenienza illecita dei beni nella loro diretta o indiretta disponibilità (3).

La disponibilità dei beni va interpretata in modo ampio con riferimento alla concreta disponibilità e non alla titolarità formale (4).

Il procedimento di prevenzione è autonomo rispetto al processo penale e può instaurarsi anche se per gli stessi fatti non è stata esercitata l'azione penale (5).

Il decreto così motiva: (Omissis) Ritiene il Collegio che debbano essere in premessa enunciati i principi ai quali si atterrà alla stregua del dettato normativo (L. 1423/1956, L. 575/1965 e successive modifiche) e dei criteri ermeneutici seguiti dalla giurisprudenza in ordine ai presupposti applicativi delle misure di prevenzione personali e patrimoniali (pericolosità sociale, attualità della stessa, nozione e consistenza degli indizi di pericolosità e di provenienza illecita dei beni, rapporti di connessione anche temporale tra pericolosità ed acquisto dei beni, disponibilità diretta ed indiretta dei beni), sottolineandone sin d'ora la sussistenza nella fattispecie oggetto del presente processo di prevenzione.

Presupposti applicativi delle misure

Misure personali

Presupposto delle misure di prevenzione personale è la pericolosità della persona; il concetto di pericolosità è stato oggetto di intensi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza e per quanto di interesse in questa sede, è sufficiente affermare che questa consiste nella probabile futura realizzazione di reati da parte del soggetto proposto per l'applicazione della misura. Numerose pronunce della Corte di Cassazione hanno ribadito che nel lato concetto di pericolosità sociale rientra l'accertata predisposizione al delitto anche se nei confronti del soggetto non sia raggiunta una prova di reità.

In definitiva, viene rinvenuto il fondamento delle misure di prevenzione nella necessità di salvaguardia della sicurezza e dei beni dei cittadini, posti in pericolo da persone che, in rapporto al loro sistema di vita ed alle relazioni con ambienti di malavita, appaiono possibili centri motori di iniziative criminali, che mettono in pericolo le basi fondamentali della convivenza e tolgono agli organi di Polizia le normali possibilità di controllo e prevenzione. La finalità delle misure di prevenzione spiega o giustifica il sacrificio che indubbiamente le leggi in materia apportano ai principi della certezza del diritto, prevedendo la possibilità di applicare una misura comunque limitativa della libertà personale, senza che il destinatario di questa abbia commesso uno specifico fatto-reato: in definitiva il valore attribuito dal legislatore alla difesa sociale è, in questa materia, prevalente rispetto a quello della certezza del diritto.

Si tratta di scelte politiche e legislative che, comunque hanno trovato l'avallo della Corte Costituzionale e che non possono essere poste in discussione in questa sede, ma devono essere applicate al caso concreto.

La premessa che è stata ora affermata ha una sua conseguenza concreta che è di interesse specifico per il presente procedimento: se si sostiene che le misure di prevenzione sono costituzionalmente legittime e che con queste il legislatore intende salvaguardare la sicurezza pubblica da particolari categorie di persone pericolose, è allora necessario costruire un concetto di attualità della pericolosità che non renda radicalmente impossibile l'applicazione delle misure.

In primo luogo, deve affermarsi - e trattasi di concetto di palese evidenza - che non può confondersi l'attualità della pericolosità con l'attualità della condotta da parte dei soggetti proposti. La circostanza che questi, dopo l'iniziativa dell'organo che promuove la richiesta di applicazione della misura, non dia adito a manifestazioni di pericolosità deve ritenersi, ovviamente, del tutto irrilevante per ragioni che sono tanto agevolmente intuibili, da non richiedere alcuna spiegazione.

Deve, d'altro canto, essere posto in evidenza che proprio la cosiddetta giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione, impone, come ovvia conseguenza, che l'attenzione del giudice sia principalmente rivolta non tanto ai fatti che eventualmente si verificano mentre è in corso il procedimento, ma a quelli riferiti nei documenti costituenti il fascicolo d'ufficio i quali, giocoforza, devono riferirsi al passato.

Diversamente opinando, in termini cioè di una pretesa coincidenza cronologica della protrazione della condotta antisociale con la emissione del provvedimento, significherebbe precludere l'applicabilità della misura in quei procedimenti che, per complessità d'indagine, siano destinati inevitabilmente a lunghi tempi di trattazione. Per essi sarebbe infatti impossibile l'aggiornamento rigoroso degli accertamenti personali e patrimoniali fino alla data di conclusione dell'iter processuale.

Va ribadito quindi che l'attualità della pericolosità non può coincidere con l'attualità della condotta. Una persona è attualmente pericolosa anche se ha commesso i fatti delittuosi in passato, se ha in passato tenuto comportamenti sintomatici di una propensione al delitto, se in passato ha avuto costanti rapporti con pregiudicati ed ambienti criminali. L'attualità della perico-

losità viene meno soltanto se intervengono fatti successivi che provino una diversa condotta di vita del soggetto, tale da escludere la possibilità che commetta delitti, o che provino la fine dei legami con ambienti di persone dedite alla commissione di reati.

In definitiva l'attualità della pericolosità è un dato che si può legittimamente desumere nei confronti di una persona che in passato, anche recente, abbia mantenuto la condotta di vita ed i legami che si sono sopra descritti; la pericolosità attuale viene meno solo se risultano fatti concreti che dimostrino il radicale mutamento della condotta di vita del soggetto proposto.

Tanto più valgono queste affermazioni, se il soggetto proposto per le misure di prevenzione sia ritenuto indiziato di appartenere ad una associazione per delinquere di stampo mafioso o di una associazione avente analoghe caratteristiche di metodo e di struttura, che nella fattispecie possono sicuramente ravvisarsi, sotto il profilo indiziario ex art. 1 L. 575/65, nel sodalizio criminale organizzato dal xxx (anche se il P.M., in ambito penale, ha ritenuto di non inquadralo, nella qualificazione giuridica data nell'imputazione, nell'ipotesi di cui all'art. 416 bis C.P.): in tal caso la sua pericolosità attuale deve ritenersi addirittura presunta, salvo che non sia provata la disgregazione dell'associazione criminale o la cessazione di ogni rapporto con la stessa.

In definitiva, il concetto di attualità della pericolosità non coincide in alcun modo con l'attualità della condotta; è un concetto che può fondarsi su elementi indiziari (sempre ancorati a fatti concreti e specifici) anche collegati ad avvenimenti risalenti nel tempo, i quali però dimostrano in assenza di elementi contrari, che il soggetto proposto è persona potenzialmente idonea alla commissione di delitti o comunque a recare danno alla sicurezza ed ai beni dei cittadini.

Le affermazioni suddette trovano conforto nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione circa la nozione dell'attualità della pericolosità non solo con riferimento ad ipotesi di indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, ma anche in tema di indiziati di appartenenza ad associazione a delinquere semplice (416 C.P.), finalizzata, nel caso esaminato dalla Suprema Corte, al concorso nei delitti di usura ed estorsione continuata, che peraltro ben si attaglia anche alla fattispecie oggi all'esame del Collegio.

Afferma infatti la Corte nella sentenza 461 Sez 1 del 4/3/1998, Pres. Saccucci, rel Canzio, imp. La Rocca ed altri: "Ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, la pericolosità deve essere attuale, deve cioè sussistere al momento della formulazione del giudizio, pur potendosi questo fondare su pregressi elementi sintomatici o rivelatori di pericolosità; ma quanto più tali elementi sono lontani nel tempo, rispetto alla formulazione del giudizio, tanto più è necessaria e doverosa la puntuale esplicitazione delle ragioni che fanno ritenere che gli effetti di tali elementi abbiano una incidenza sulla valutazione della personalità del soggetto, sì da dedurre l'attualità della pericolosità (Cass. Sez VI 26/4/1995 Guzzino rv 201525).

E però a fronte del corretto ed adeguato apprezzamento dei suindicati dati fattuali (le denunce delle parti lese, i rapporti informativi di polizia, i provvedimenti di sequestro di assegni e cambiali) posti dapprima dal GIP presso il Tribunale di Roma a fondamento dell'ordinanza di misura cautelare e poi dal giudice della prevenzione a fondamento del giudizio di pericolosità sociale, il richiamo dei prevenuti ad altri, favorevoli ad essi, provvedimenti giurisdizionali ed al mero decorso del tempo rispetto ai contestati reati di associazione per delinquere finalizzata all'usura ed all'estorsione e dei correlati delitti di usura e di estorsione, non è affatto in grado di inficiare il tasso di attendibilità e di incensurabilità in questa sede.

Ritiene il Collegio che in tema di applicazione di misure di prevenzione nei confronti di soggetti indiziati di appartenenza ad un'associazione criminale finalizzata all'usura ed estorsione, connotata ontologicamente - come nella fattispecie in esame - da metodo e struttura analoghi a quelli dell'associazione di tipo mafioso, gli specifici elementi sinto-

matici della presumibile appartenenza del proposto a siffatto sodalizio di per sé implicano una latente e permanente pericolosità sociale sì che, al fine di escludere l'attualità di tale pericolosità, occorre acquisire concreti e contrastanti dati attestanti il recesso personale del soggetto da quella organizzazione o la disintegrazione di questa. Ne consegue che una volta che il giudice della prevenzione abbia fornito adeguata motivazione in ordine alla ritenuta sussistenza di detta partecipazione, e non sussistano elementi - a parte il decorso del tempo - di per sé non decisivo - dai quali possa ragionevolmente desumersi che l'appartenenza sia venuta meno, non occorre alcuna specifica motivazione che dia conto delle ragioni per le quali il soggetto sia da considerare anche attualmente pericoloso

(cfr in tema di associazione di tipo mafioso Cass. Sez II, 19/12/1996 Bontempo Scavo, rv 206854; Sez I, 19/5/1995, riv. 201756; 31/3/1995 Cafai, rv 201459; Sez V, 20/10/1993 Alfano, rv 196297)".

Tale orientamento, relativo alla sostanziale equiparazione dei criteri ermeneutici in tema di accertamento della pericolosità ed attualità della stessa con riferimento sia alle ipotesi previste dall'art. 1 L. 575/65 sia a quelle previste dall'art. 1 co. 1 nn. 1 e 2 della L. 1423/1956 in ipotesi astratte di reato associativo comune finalizzato alla commissione di particolari tipi di reato, è confortato dalla stessa evoluzione legislativa (cfr L. 22/5/1975, L. 3/8/1988 n. 327 L. 13/9/1982 n. 646, L. 19/3/1990 n. 55, L. 18/2/1992 n. 172), che è nel senso di assimilare ed estendere la disciplina delle misure di prevenzione prevista per i soggetti di cui all'art. 1 della legge 575/65 (indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso o similari che possono definirsi a pericolosità) anche alle persone indicate nell'art. 1 nn 1 e 2 della L. 1423/1956 sia sul piano delle misure personali (art. 13 della L. 3/8/1988 n. 327 che ha modificato il primo comma dell'art. 19 L. 22 maggio 1975 n. 152) sia sul piano delle misure patrimoniali, (cfr art. 14 L. 55/90 come modificato dalla L. 7/3/1996 n. 108 sulla estensione di tali misure anche ai soggetti indiziati di appartenenza alle associazioni di cui all'art. 75 della L. 685/75, ora 74 DPR 309/90 ovvero ai soggetti indicati nei nn. 1 e 2 L. 1423/1956, quando l'attività delittuosa da cui si ritiene derivino i proventi sia una di quelle previste dagli artt. 629, 630, 644, 648 bis e ter ovvero quella di contrabbando), i quali vivono con il provento di attività delittuose particolari che presentano caratteristiche tali da ricondurre dette attività a fenomeni di criminalità organizzata, operando verso quel tipo di delinquenza che è tipico o affine alle associazioni di tipo mafioso (cfr Cass. Sez. 5 n. 2290 del 4/8/93, Cass. Sez. 1 n. 252 dell'8/3/94; Cass. Sez 5 n. 38 del 25/1/99; cfr anche ordinanza 16/6/1988 con la quale la Corte Costituzionale nel dichiarare infondata la questione dei legittimità costituzionale dell'art. 19 della L. 22/5/1975 n. 152 relativamente all'estensione soggettiva così recitava: "lo scopo di impedire l'eventuale ingresso nel mercato di denaro ricavato dall'esercizio di attività delittuose o di traffici illeciti, rende non irragionevole la scelta del legislatore di estendere le misure antimafia, previste per gli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso di cui alla L. 575/65, ad alcune delle categorie di persone socialmente pericolose").

Nella fattispecie va subito detto che non è dato rinvenire elementi che attestino il recesso dei proventi dall'organizzazione criminale in questione o la disintegrazione di questa, dovendo disattendersi, alla stregua delle predette argomentazioni, quanto sostenuto dalla difesa del circa la significatività della mancanza di rilievi penali o di polizia nella condotta del dal 1996 ad oggi, contrastata dagli accertati collegamenti pluriennali con pericolosissimi esponenti della criminalità organizzata campana, dalla continuazione delle attività delittuose (comprovata dalle intercettazioni telefoniche), nonostante gli interventi delle forze dell'ordine nel 1995, e dalla realizzazione di comportamenti i antiggiuridici nel corso della stessa procedura di prevenzione (sottrazione della somma di circa L. 120 milioni pertinente all'attività com-

merciale della

Si deve ulteriormente sottolineare come in questa sede non occorra il raggiungimento della prova piena di perduranza associativa, essendo sufficiente, invece, la carenza di prove certe in ordine alla totale e definitiva disgregazione del sodalizio.

In definitiva, l'immanenza della pericolosità sociale dei propositi nella condizione di indiziaria appartenenza associativa e l'assenza di prove di recessi personali o di dissolvimento della compagine consentono, secondo il richiamato indirizzo giurisprudenziale, di ritenere l'attualità del pericolo.

Quanto al concetto di appartenenza ad associazione di tipo mafioso o similare richiesto dall'art. 1 L. 575/65 si osserva che l'ambito di applicazione delle misure previste da tale legge originariamente era circoscritto ai soli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose senza che peraltro si fornisse una connotazione di tali organizzazioni. A colmare il vuoto è intervenuto il legislatore che, sulla base delle elaborazioni giurisprudenziali dell'art. 416 e soprattutto dell'art. 1 della L. 575/65 nella sua originaria formulazione, ha con l'introduzione dell'art. 416 bis e con la modifica dell'art. 1 L. 575/65 definito l'associazione mafiosa: si è davanti ad un modello mafioso quando gli associati usano l'effetto intimidatorio sprigionato dal vincolo associativo, con conseguenti sudditanze ed omertà, ad almeno uno dei seguenti fini: "commettere delitti", "acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o il controllo di attività economiche, concessioni, appalti e servizi pubblici", "vantaggi ingiusti per sé o per altri" (co 3 art. 416 bis). Nel lessico della legge 646 del 1982 il concetto di "mafia" designa un modello obiettivo, applicabile anche alla camorra ed alle altre associazioni, comunque localmente denominate, che, valendosi della forza intimidatrice del vincolo associativo, perseguono scopi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso (art. 416 bis co 8 C.P.) ovvero, con definizione che sembra ancora più ampia "alle altre associazioni, comunque localmente denominate che "perseguono finalità" o "agiscono con metodi" corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso (art. 1 L. 565/75 come modificato dall'art. 13 L. 646/82).

In sostanza al modello organizzativo e strategico dell'associazione mafiosa può tendere ad omologarsi ogni altro gruppo criminale il quale non voglia essere destinato a ruoli serventi o ad essere confinato nei mercati illegali meno redditizi.

A differenza di quella di cui all'art. 416 c.p., la formula congegnata dall'art. 416 bis comma 3 C.P., si presta, dunque, ad essere utilizzata nei confronti di tutti i fenomeni criminali, più o meno virulenti e diffusi, che fioriscono dal terreno associativo; di tutte le aggregazioni, purché costituiscano una sorta di ordinamento effettivo in quanto vi si usa una violenza esemplare - criminosa secondo l'ordinamento statale - sui riluttanti: non è necessario, insomma, per la sussistenza del reato associativo in questione, che l'apparato attui programmi definibili delittuosi di per sé. Un apparato che intimidisca, generando consensi coatti, sudditanza, omertà, e dei programmi intesi a un arricchimento apparentemente anche non delittuoso: questi gli elementi necessari e sufficienti del modello associativo di tipo mafioso.

In particolare in ordine al concetto di "appartenenza" si è sostenuta in dottrina ed in giurisprudenza l'autonomia della fattispecie penale e di quella preventiva, esistendo tra i le due espressioni (partecipazione ed appartenenza) una differenza non solo letterale ma altresì di ordine giuridico-sociologico che si riflette sul sistema probatorio il quale, nella presente materia, è volto ad accertare non un fatto - reato, ma comportamenti indice di pericolosità sociale specifica e richiedendosi per l'applicazione delle misure unicamente la qualità di indiziato. Va considerata quindi "appartenenza" ogni comportamento che pur non realizzando il reato di associazione mafiosa, sia tuttavia funzionale agli interessi dei poteri criminali, e ciò sul presupposto che con la L. 646/82 il legislatore ha inteso innovare completamente il campo di applicazione

della prevenzione, mutando addirittura la base di partenza e ponendo al centro dell'attenzione non già il reato mafioso, bensì il comportamento mafioso, intendendo per tale un atteggiamento che, pur non integrando gli estremi di reato, è comunque tale da essere funzionale agli interessi criminali dell'associazione, collocandosi nella sfera dell'illecito anche se non concretando il vero illecito penale.

Misure patrimoniali

Si è detto prima circa la sostanziale equiparazione sotto il profilo normativo ed ermeneutico circa la pericolosità sociale "qualificata" e "generica" - quando ricorrano ipotesi di criminalità organizzata come nella fattispecie all'esame del Tribunale - sia in relazione alle misure personali sia in ordine alle misure patrimoniali.

Nel caso in esame, questa affermazione di principio appare rilevante perché - riconosciuta la pericolosità dei propositi - rende applicabili agli stessi le misure di prevenzione patrimoniale secondo la disciplina degli artt. 2 ter e segg. L. 575/65, con le estensioni soggettive di cui alla normativa successiva come sopra indicata, quand'anche si volesse ritenere che la qualificazione della pericolosità degli stessi debba ricondursi all'art. 1 nn. 1 e 2 della L. 1423/1956 (pericolosità c.d. "generica") anziché all'art. 1 L. 575/65 (pericolosità c.d. "qualificata"), essendo, come si vedrà, innegabile, sotto il profilo indiziario richiesto dalla norma, la provenienza dei beni proprio dalle attività illecite qualificate (629, 644, 648 bis o ter C.P.) costituenti le specifiche finalità del sodalizio criminoso.

La legittimità di applicazione della misura patrimoniale richiede pertanto un duplice requisito indiziario: il primo è costituito, come sopra già indicato, dalla riconducibilità dei propositi ad una delle categorie di soggetti pericolosi di cui all'art. 1 della legge 575/65 (appartenenza ad associazione di tipo mafioso o similare) o all'art. 1 nn. 1 e 2 della L. 1423/1956 (soggetti che siano abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vivono abitualmente anche in parte con i proventi di attività delittuose); il secondo è costituito dalla provenienza illecita dei beni, risultati nella disponibilità diretta o indiretta dei propositi.

Una volta esaurita - in positivo, come si è preannunciato - l'indagine circa la sussistenza del primo requisito va sottolineato, quanto al secondo, che nella disciplina dell'art. 2 ter della L. 575/65 il concetto di provenienza illecita è espresso in termini inequivoci di identificabilità del bene, assoggettabile a sequestro e confisca, nel frutto di attività illecita o nel suo reimpiego, e quindi collegando la "pericolosità" del bene alla provenienza dello stesso, indicandosi, a titolo esemplificativo, quale indizio peraltro più significativo, sufficiente pur nella sua unicità, la sproporzione tra il valore dei beni ed il reddito dichiarato o l'attività economica svolta dal soggetto (a seguito della modifica introdotta con l'art. 3 della L. 24/7/1993 n. 256). Quanto all'interpretazione dell'art. 2 ter della legge n. 575 del 1965, ed ai principi guida ai quali conformarsi, va sottolineato che la discussione, in dottrina ed in giurisprudenza, atteso il tenore letterale della disposizione normativa in questione, ha quindi come punto focale la nozione di sufficienti indizi che autorizzino a ritenere che i beni da sequestrare (e dei quali poi disporre la confisca con l'applicazione della misura di prevenzione) siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.

La Corte di Cassazione ha ribadito in varie pronunce quali sono i parametri che devono guidare il giudice della prevenzione:

Con la sentenza del 19-08-1987 (ud. del 30-06-1987), Sibia, ha affermato:

"La presunzione d'illegittima provenienza autorizzante la confisca ai sensi del terzo comma dell'art. 2 ter della legge n. 575 del 1965 non esclude la necessità che sussistano i sufficienti indizi che detti beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, anche quando il sequestro sia stato disposto a misura già applicata, come risulta dall'ultimo comma

dell'articolo predetto, che consente l'adozione di tale strumento cautelare "quando ne ricorrano le condizioni", con ovvio riferimento a quelle già dettate in precedenza. Tuttavia, la valutazione degli indizi, se non addirittura il loro spessore, può variare secondo il momento in cui interviene il provvedimento di cautela, nel senso che la dichiarata pericolosità sociale del sottoposto alla misura può riverberare i suoi effetti sul materiale probatorio qualora sussista un collegamento tra detto materiale e le qualità personali di questi. Tale conclusione discende dalla particolarità del procedimento, dove il giudice è eccezionalmente esonerato dall'accertare, in sede di adozione del provvedimento finale (la confisca), se gli elementi di prova portati al suo esame abbiano valenza accusatoria, stante l'onere posto a carico del soggetto. Una simile anomalia del sistema - che trova la sua spiegazione nella colorazione che l'accertamento della pericolosità conferisce a tutte le attività, anche economiche del soggetto stesso - non può non avere riflessi anche sulla fase iniziale del procedimento, ben diversa essendo la posizione di chi è ancora "sub iudice" rispetto a quella di chi ha già ricevuto la qualificazione di persona pericolosa".

Ed ancora:

In materia di misure di prevenzione antimafia, ai fini dell'assoggettabilità a sequestro e confisca dei beni di cui può disporre, direttamente o indirettamente, il soggetto nei cui confronti è stato instaurato il procedimento di applicazione di una di dette misure, secondo quanto disposto dall'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965 n. 575, i sufficienti indizi della provenienza di detti beni da attività illecite possono consistere anche nella sola notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, dovendosi ritenere che il legislatore, nel fare riferimento a tale elemento, lo abbia voluto indicare, a titolo esemplificativo, appunto come possibile indizio, anche unico, dell'illecita provenienza dei beni che, proprio per l'incompatibilità della loro disponibilità con l'ammontare dei redditi noti, debbono ragionevolmente farsi risalire a redditi ignoti, frutto di attività illecite e, normalmente, assai redditizie come sono quelle delle organizzazioni mafiose.

Sez. I, sent. n. 2104 del 02-06-1994 (ud. del 09-05-1994), Zanza e in senso conforme Cass. Sez. VI n. 398 del 22/4/96.

In definitiva la Suprema Corte enuncia sostanzialmente il principio secondo il quale gli indizi in merito alla provenienza illecita dei beni sequestrati e poi sottoposti a confisca, possono essere desunti dal complesso degli elementi di fatto emergenti dal procedimento di prevenzione, integrando sia quelli riguardanti i profili di pericolosità personale, con riferimento in particolare ai rapporti economici tra il soggetto proposto, le parti lese delle attività illecite e quelli con altri soggetti pregiudicati partecipi nelle attività stesse o comunque in rapporti economici con il proposto, sia quelli concernenti in modo specifico i beni, anche solo con riferimento alla sproporzione tra il valore degli stessi ed i redditi dichiarati o quelli derivanti dall'eventuale attività economica (effettuando quindi comparazioni tra patrimonio iniziale, incrementi patrimoniali, redditi prodotti nei periodi di acquisizione dei beni, provenienza delle somme per la loro acquisizione e patrimonio finale) e quindi anche - ma non soltanto - dall'analisi della documentazione acquisita o eventualmente rinvenuta concernente i singoli beni o le attività economiche, che peraltro potrebbe essere incompleta o falsa.

In realtà, il Legislatore ha emanato la legge 575 del 1965 perché, la stessa, nei congrui casi, potesse trovare concreta applicazione, non risolvendosi in un mero "annuncio". Pertanto, non può ragionevolmente opinarsi che si richiedano, per l'applicazione dei provvedimenti ablatori nei confronti del soggetto proposto, accertamenti di fatto impossibili. E' evidente che il giudice della prevenzione non può dare conto, momento per momento, dell'intera attività economica di un soggetto, soprattutto se questi abbia investito in operazioni finanziarie consentite dal diritto (come ad esempio acquisto di immobili o di quote societarie) somme di danaro la cui pro-

venienza risulti di non dimostrata lecita provenienza. E' del tutto evidente che se vi sono elementi indiziati per ritenere che le disponibilità economiche del proposto, anche in parte, derivino da attività illecite o costituiscano il reimpiego delle medesime, la misura di prevenzione patrimoniale vada applicata, indipendentemente dalla analitica dimostrazione della provenienza non lecita di ogni singolo cespite o di ogni singola iniziativa economica: interpretazione questa che appare avallata proprio dal tenore letterale dell'art. 2 ter e dall'orientamento giurisprudenziale citato, dove si afferma che è sufficiente, quale indizio di illecita provenienza dei beni, la sperequazione tra il valore dei beni e l'entità dei redditi dichiarati ovvero l'attività economica esercitata, sulla base della quale possa ragionevolmente ritenersi quindi la provenienza illecita dei cespiti.

Peraltro, anche con pronunce recenti la Corte di Cassazione ha, sostanzialmente con giurisprudenza costante, ribadito che "Ai fini dell'applicabilità della misura della confisca di beni patrimoniali nella disponibilità di persone indiziate di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, è sufficiente che sussistano indizi idonei a lasciar desumere in modo fondato che i beni dei quali si chiede la confisca costituiscano il reimpiego dei proventi di attività illecite e che il proposto non sia riuscito a dimostrare la legittima provenienza del danaro utilizzato per l'acquisto di tali beni".

Sez. I, sent. n. 479 del 10-03-1998 (ud. del 28-01-1998), De Fazio.

Anche autorevole dottrina afferma che la ricchezza non giustificata nel suo accumulo, quanto alla sua provenienza, costituisce prova della condotta illecita di chi la possiede. Sicché, una volta accertato il carattere ingiustificato della consistenza patrimoniale, ricorre una presunzione, sia pure iuris tantum di origine illecita o illegittima dei beni, con ciò escludendosi che si possa parlare, per quanto concerne la legge citata, di inversione di onere della prova, ma sussistendo invece una presunzione iuris tantum di illiceità in re ipsa sita.

In tal senso è l'orientamento anche recente della Suprema Corte (Sez 5 n 932 del 31/3/98) secondo la quale "l'art. 2 ter comma quarto della legge 31/5/1975 n 575, che prevede il sequestro e la confisca dei beni dei quali l'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa risulta poter disporre e che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, non prevede una inversione dell'onere della prova, ma, una volta accertata in modo concreto e valido la sussistenza di indizi della provenienza illecita dei beni, solo un onere di allegazione sulla legittima provenienza dei beni stessi rientrando nell'interesse stesso dell'indiziato di sminuire o elidere l'efficacia probatoria degli elementi offerti dall'accusa, con conseguente obbligo del giudice di merito di indagare sulla fondatezza e rilevanza di tali allegazioni".

Ed ancora la giurisprudenza di legittimità ha chiarito la mancata specificazione nella legge del tipo di attività illecita, di cui il bene appaia indiziariamente il frutto o il suo reimpiego, escluda la pretesa di limitarne il riferimento alla causalità del profitto dalle sole attività illecite mafiose, affermando che "ai fini della legittimità delle misure di prevenzione di tipo patrimoniale, non occorre dimostrare il collegamento causale tra le acquisizioni patrimoniali e la supposta appartenenza ad associazione di tipo mafioso, richiedendo l'art. 2 ter comma secondo della legge 575 del 1965, unicamente il ragionevole convincimento che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego" (Cass. Sez. I sent. 3964 del 12/9/98 Arcuri) e che "in tema di sequestro e confisca previsti dalla legislazione sulle misure di prevenzione applicabili agli appartenenti ad associazioni mafiose non è richiesto che i beni illegittimamente acquisiti dall'indiziato siano necessariamente frutto di attività illecite connesse con gli obiettivi propri dell'associazione, dovendo ritenersi confiscabili anche i beni derivanti da illeciti di diversa natura, compresi quelli tributari" (cfr Cass Sez. 6 n. 258 del 24/2/1998).

Si è quindi ritenuta, pertanto l'applicabilità della misura patrimoniale a tutte le prove-

nienze da operatività comunque illecite, ingiustificate o ingiustificabili, ravvisandosi nel silenzio della legge l'intento di sottrarre alla disponibilità dei propositi qualsiasi ricchezza inquinata all'origine (e quindi per tale genesi "pericolosa"), onde evitarne la strumentalizzazione per l'ulteriore sviluppo dell'organizzazione mafiosa e dei suoi membri e, dunque, la trasformazione in una aggiuntiva matrice di pericolo.

Solo nel caso in cui si ritenga "solo" la pericolosità cd "generica riconducibile cioè alle categorie di cui ai nn. 1 e 2 dell'art. 1 della L. 1423 del 1956 - e non quella "qualificata" di cui all'art. 1 L. 575/65 - dovrà emergere un rapporto di connessione, sempre peraltro solo su ragionevole base indiziaria, tra i beni ed una delle attività delittuose indicate espressamente tra le quali proprio quelle di cui agli artt. 644, 629, 648 bis e ter, cui peraltro, come si vedrà, sono da ritenere dediti i propositi, alla stregua degli elementi sintomatici che di qui a poco verranno evidenziati.

In tal senso potrebbe essere escluso "l'automatismo" in ordine alla provenienza da qualsiasi tipo di illecito di cui agli artt. 1 e 2 ter L. 575/65 cui hanno fatto riferimento i difensori dei propositi, i quali nel corso del processo (cfr memorie difensive e specificamente quelle del \3 1/7/2000 degli Avv. Taormina e Talotta) e in sede di perizia e di conclusioni finali hanno avanzato tra le tesi - aventi per presupposto la non riconducibilità dei propositi alle categorie soggettive di cui all'art. 1 L. 575/65 - quella della ricollegabilità della formazione delle disponibilità finanziarie utilizzate per gli incrementi patrimoniali ad eventuali fenomeni illeciti di natura tributaria (evasione fiscale) o societaria (falso in bilancio) e non alle qualificate attività illecite previste dall'art. 14 L. 55/90 e successive modifiche.

Tesi questa che, può dirsi sin d'ora, non è assolutamente condivisibile sulla base della valutazione globale e non atomistica del complessivo materiale indiziario e dei risultati della perizia contabile.

Quanto all'oggetto del sequestro e della confisca la Suprema Corte ha specificato che "*ai fini della identificazione dell'oggetto del sequestro in caso di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, non è sufficiente un raffronto globale tra il patrimonio globale ed il reddito formalmente disponibile, ma è necessario accertare l'illecita provenienza di ogni singolo bene nel patrimonio, comparando, al momento dell'acquisizione, il reddito ufficialmente disponibile con l'incremento patrimoniale determinato dall'acquisto del bene*" e che "*in tema di misure di prevenzione patrimoniali disposte nei confronti di indiziati di appartenenza ad associazioni di stampo mafioso, è necessario, perché sia rispettato il principio costituzionale fissato dall'art. 42 Cost., che l'oggetto del sequestro sia proporzionale all'incremento patrimoniale ingiustificato.*" (cfr Cass. Sez. 6 n. 1105 del 12/6/ 1997).

In ordine poi al nesso tra pericolosità ed acquisto dei beni che "*per poter disporre la confisca in un procedimento di prevenzione, non è sufficiente la sussistenza di indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto ad una associazione di tipo mafioso, implicante una latente e permanente pericolosità sociale, ma occorre che vi sia correlazione temporale tra la pericolosità e l'acquisto dei beni e cioè occorre verificare se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso*" (cfr Cass. Sez. 5 n. 5365 del 3/2/98 in materia di confisca di immobili).

Infine quanto al requisito della "disponibilità diretta o indiretta" dei beni che possono formare oggetto delle misure patrimoniali (artt. 2 bis co. 3, 2 ter co. 2, 4 nonché co 5 in relazione all'appartenenza" dei beni a terzi) va sottolineato che il concetto di disponibilità debba essere interpretato - attesa la ratio della normativa di concreta ed efficace contrasto alla criminalità organizzata - nel modo più ampio comprensiva non solo di tutte le forme di titolarità di un diritto sul bene, ma altresì di quelle forme di concreta di concreta disponibilità di fatto che

prescindono dalla riconducibilità del bene stesso a soggetto diverso da quello indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa, e quindi escludendo qualsiasi rilevanza alla titolarità formale. Con l'uso dell'avverbio "indirettamente" il legislatore ha chiaramente dimostrato di voler prevenire ogni possibile elusione della norma sino a ricomprendere beni che, pur fittiziamente intestati a terzi, in concreto facciano parte del patrimonio goduto dall'indiziato o comunque da lui utilizzati, in ciò abbracciando tutte le situazioni possibili nel campo dei rapporti fiduciari. Ciò anche al fine di evitare legittimazioni di acquisti attraverso subdole operazioni finanziarie di schermatura, che si risolvono sostanzialmente nella introduzione di tecniche di riciclaggio, come ad esempio può avvenire per il denaro ottenuto da una banca o altri soggetti a titolo di finanziamento, ove invece occorre avere riguardo alla provenienza dei mezzi finanziari, spesso ingenti, necessari per estinguere il debito contratto al fine di verificare l'ipotesi che invece di investire direttamente denaro "sporco", si abbia avuta l'accortezza da parte dell'indiziato di investire denaro "pulito" attraverso l'operazione di finanziamento.

In definitiva il richiamo legislativo alla disponibilità "indiretta" - per la quale si è giunti in dottrina ad ammettere, secondo il tenore della norma, la sequestrabilità prescindendo non solo dalla disponibilità effettiva, ma anche dalla possibilità della effettiva disponibilità, dandosi rilievo solo all'apparenza - amplia notevolmente le possibilità di intervento e rende di fatto inoperanti tutti i tentativi di aggiramento della normativa, in quanto attrae nell'orbita delle misure patrimoniali anche i beni di cui il soggetto proposto non abbia la disponibilità giuridica.

Per quanto riguarda in particolare il coniuge, i figli ed i conviventi nell'ultimo quinquennio la predetta "disponibilità" in capo all'indiziato è presunta senza necessità di specifici accertamenti dal momento che l' art. 2 bis considera separatamente dette persone rispetto a tutti coloro per i quali, invece, devono risultare gli elementi di prova di disponibilità concreta da parte dell'indiziato stesso.

In tal senso è la giurisprudenza della Suprema Corte che ha affermato che "*in tema di misure di prevenzione patrimoniale la "disponibilità" dei beni - che costituisce il presupposto per la confisca in capo alla persona socialmente pericolosa di quelli di cui si sospetta la provenienza illecita - non deve necessariamente concretarsi in situazioni giuridiche formali, essendo sufficiente che il prevenuto possa di fatto utilizzarli, anche se formalmente appartenenti a terzi, come se ne fosse il vero proprietario, e nei confronti del coniuge, dei figli e dei conviventi siffatta disponibilità è presunta, senza necessità di specifici accertamenti, dal momento che /art. 2 bis, Legge 31/5/1975 n. 575, considera separatamente dette persone rispetto a tutte le altre, fisiche o giuridiche, della cui interposizione fittizia, invece, devono risultare gli elementi di prova*". (Cass. Sez. II sent. 4916 del 10/2/1997).

Autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale

La comune argomentazione difensiva non appare condivisibile neppure sotto l'altro profilo sostenuto e cioè che dal mancato esercizio dell'azione penale per alcuni episodi, e dall'archiviazione per alcuni reati (in particolare 648 bis) ovvero dalla qualificazione attribuita dal P.M. al sodalizio in questione in sede di richiesta di rinvio a giudizio (416 C.P. e non 416 bis C.P.) deriverebbe implicitamente l'inesistenza dei presupposti indiziari per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Al riguardo è sufficiente ricordare come siano costanti gli orientamenti giurisprudenziali riguardanti:

◆ la sufficienza, ai fini delle misure di prevenzione, di un quadro meramente indiziario e non probatorio di appartenenza associativa, essendo stato affermato che per l'apprezzamento degli elementi rivelatori di appartenenza associativa non valgono né la regola di cui all'art. 192 C.P.P. - dettata in tema di prove ai fini dell'affermazione della responsabilità penale e che richiede indi-

zi gravi precisi e concordanti - né quella di cui all'art 273 C.P.P. relativa alle misure coercitive personali, necessitanti la verifica indiziaria di una elevata probabilità di futura affermazione di responsabilità, in quanto entrambe tali norme sono pertinenti ad obiettivi estranei all'oggetto dell'indagine di prevenzione (cfr Cass. I sez 30/5/1995 n 2019);

◆ l'autonomia della decisione in sede di prevenzione rispetto alle statuizioni penali concernenti i medesimi soggetti, essendo diverso l'oggetto e le finalità dei procedimenti: per l'uno l'accertamento della responsabilità penale per determinati fatti-reato, con conseguente inflizione sanzionatoria, con finalità repressive; per l'altro la verifica induttiva della pericolosità del soggetto, con applicazione di misure preventive, al fine di garantire la sicurezza collettiva, con possibilità di utilizzazione di fatti storici indizianti emergenti da processi in corso o già definiti, prescindendo dalla conclusione alla quale il giudice penale è pervenuto, e rivalutando tali indizi - in tale processo di osmosi acquisitiva processuale - nella peculiare prospettiva di indagine sulla pericolosità, unitamente ad altri indizi rivelatori di pericolosità, legittimamente desumibili, tra l'altro, dai precedenti penali e giudiziari, dalle pendenze per gravi reati, dalla frequentazione di pregiudicati e comunque dalla condotta complessiva del soggetto (cfr Cass. Sez. Unite 31711996; Cass. Sez 16/6/1996 n 2531, Cass. Sez 15/12/1995 e Cass. Sez I 13/2/1992 n 181 Marafioti).

L'anticipazione in sede preventiva - rispetto ai normali livelli di integrazione probatoria della soglia dimostrativa del materiale acquisito, consente quindi di conferire significato indiziario di pericolosità anche ad elementi ritenuti non probanti in sede cognitiva.

In tal senso va quindi interpretato termine indizi utilizzato dal Legislatore del 1965 per consentire l'applicazione di misure personali e patrimoniali nei confronti di soggetti indicati all'art. 1 della norma citata ovvero da utilizzarsi per ritenere l'appartenenza ad una delle categorie di soggetti pericolosi di cui all'art. 1 L. 1423/1956.

In altri termini, e per ribadire ulteriormente il concetto, mentre nel procedimento penale gli indizi, per costituire prova di responsabilità, devono essere gravi precisi e concordanti, nel procedimento di prevenzione possono costituire la base per l'applicazione delle misure di prevenzione anche quando non hanno le caratteristiche sopra ricordate. L'intento del legislatore, prima con la Legge 1423 del 1956 e poi con la legge 575 del 1965, infatti, è stato quello di fronteggiare la situazione di pericolosità che proviene da un soggetto del quale si ha motivo di sospettare, sulla base di dati di fatto accertati, che sia appartenente ad un'associazione mafiosa o che comunque rientri in una delle categorie di soggetti di cui all'art. 1 della legge 1423 del 1956, da ritenere pericolosi perché abitualmente dediti a traffici delittuosi o perché vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, non quello di accertare la responsabilità penale ed infliggere la sanzione maggiore (la pena della reclusione) prevista nel nostro ordinamento.

Accertata la legittimità costituzionale della normativa di prevenzione, è ovviamente legittimo discutere l'opportunità della scelta legislativa, della indubbia valorizzazione del concetto di difesa sociale nei confronti di quello di certezza del diritto, ma non pretendere di adeguare il procedimento di prevenzione alle regole del procedimento penale, anche e soprattutto a quelle stabilite dall'art. 192 e segg. CPP come sopra ricordato. In tal caso, la conseguenza inevitabile sarebbe l'assoluta inutilità del procedimento di prevenzione che verrebbe meno al suo compito di difesa sociale anticipata e ogni spazio dell'intervento statale sarebbe lasciato al solo processo penale, che ha come caratteristica precipua l'accertamento della responsabilità penale fondata sulla sussistenza di prove e non di indizi, a meno che gli stessi non abbiano le ricordate caratteristiche di gravità, precisione e concordanza e che, ovviamente interviene dopo la commissione del fatto, quando l'evento di danno o di pericolo si è già realizzato.

Su questo piano è opportuno fare menzione dell'esplicito orientamento della Corte di

Cassazione (già i precedenti sintetizzati) che afferma:

"In tema di applicazione delle misure di prevenzione nei confronti di soggetti indiziati di appartenenza a un'associazione di tipo mafioso, la valutazione richiesta al giudice deve essere fondata su specifici elementi sintomatici della partecipazione di una persona a un sodalizio criminale "qualificato": appartenenza, questa, che di per sé implica una latente e permanente pericolosità sociale del soggetto.

Ne consegue che, al fine di escludere l'attualità di tale pericolosità, occorre acquisire il recesso personale da quella organizzazione o la disintegrazione di questa.

(In motivazione, la S.C. ha precisato che, in punto di apprezzamento complessivo degli elementi rilevatori di tale appartenenza, e pertanto dell'attualità della pericolosità sociale, non trovano applicazione né la regola dell'art. 192 n. 2, cod. proc. pen., dettata in tema di "prova giudiziaria" necessaria all'affermazione della responsabilità penale dell'imputato - in ipotesi, con riferimento al delitto ex art. 416-bis cod. pen. - né quella dell'art. 273 stesso codice, che consente l'applicazione di una misura cautelare personale a seguito della verifica dell'esistenza di "gravi indizi di colpevolezza" - intesi come elementi induttivi di elevata probabilità di una futura affermazione di responsabilità dell'indagato - in quanto entrambe estranee all'oggetto dell'indagine richiesta nel procedimento di prevenzione, anche in materia di criminalità mafiosa in cui gli indizi si identificano con gli elementi di fondato sospetto, quantunque privi dei requisiti della "precisione" e della "gravità"). Cass. sez. 130 maggio 1995, ric. PG contro Cafai

"Il procedimento di prevenzione è del tutto autonomo dal procedimento penale e non può essere condizionato dall'esito di quest'ultimo; il giudice è libero di considerare in piena indipendenza i fatti già esaminati in sede penale e di attribuire eventualmente ad essi una valenza nell'altra sede negata, essendo sufficiente ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione l'esistenza di meri indizi, senza che essi debbano necessariamente rivestire quella gravità; quella precisione e quella convergenza che il codice di rito richiede ai fini dell'affermazione di colpevolezza".

Cass. Sez. VI 20.5.1997, Crimi

Ed ancora:

"In materia di applicazione delle misure di prevenzione, deve procedersi ad una valutazione degli indizi che è di natura diversa da quella necessaria per l'affermazione della responsabilità penale.

Il giudice di prevenzione può perciò utilizzare elementi derivanti da procedimenti penali indipendentemente dal loro esito ed anche non conclusi, ma deve farsi carico di individuare circostanze di fatto rilevanti accertate nel giudizio penale e rivalutarle nell'ottica del giudizio di prevenzione, per stabilire se siano o meno sintomatiche della pericolosità sociale del soggetto.

Cass. Sez. VI, 2.5.1997, Comisso

Afferma infine la Corte di Cassazione:

"In materia di misure di prevenzione, il giudizio può basarsi anche su elementi che giungono agli indizi e presunzioni, purché obiettivamente accertati, quali precedenti penali e giudiziari, il tenore di vita del prevenuto, l'abituale compagnia di pregiudicati o persone sottoposte a misure di prevenzione ed ogni altro elemento concreto dal cui esame globale possa ricavarsi il giudizio prognostico sulla pericolosità.

Pertanto, con riferimento ai precedenti giudiziari ed alle denunce, non seguiti da condanna, non è escluso che il giudice della prevenzione enuclei fatti concreti risultanti dagli atti che siano indicativi di pericolosità sociale".

Cass. Sez. V, 23.10.1997, Iovine ed altri

In effetti, le sentenze citate rappresentano la costante applicazione di principi affermati

dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza 17.7.1996, Suraci, della quale si trascrive la massima, che costituisce la sintesi dell'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza di legittimità.

"Stante l'autonomia del procedimento di prevenzione da quello penale, non può affermarsi l'assorbente rilevanza di sentenza di assoluzione del proposto dal delitto di cui all'art. 416 bis cod. pen. Nel procedimento di prevenzione, nel quale gli indizi di affiliazione ad un "clan mafioso" e l'indimostrata liceità dell'appartenenza dei beni possono essere desunti anche dagli stessi fatti storici in ordine ai quali è stata esclusa la configurabilità di illiceità penale ovvero da altri, acquisiti o autonomamente desunti nel giudizio di prevenzione".

Sufficienza, dunque, ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale di indizi, ancorché non gravi, precisi e concordanti, giacché, in tal caso la natura mafiosa dell'associazione e l'adesione ad essa dei proposti, dovrebbero produrre conseguenze diverse dalla semplice applicazione della misura di prevenzione che costituisce in definitiva un succedaneo della pretesa retributiva dello Stato contro il fenomeno mafioso proprio nei casi in cui le carenze processuali non consentano di esercitare lo ius puniendi (cfr Cass. Sez 1 sent 212 dell'1/3/1991).

Quanto alla tipologia di indizi sintomatici di appartenenza associativa si è affermato che quando si tratta di prendere in considerazione la pericolosità di un soggetto che si ritiene collegato ad un'associazione per delinquere di stampo mafioso o camorristico o similare, l'esame del giudicante deve estendersi a tutti gli indizi a sostegno dell'assunto anche risalenti nel tempo. Sul punto la richiamata giurisprudenza della Corte di Cassazione ha, con pronunce anche recenti, stabilito precisi criteri di orientamento dai quali questo Tribunale non ritiene di discostarsi.

Si è affermato in particolare che:

"Ai fini dell'applicazione della misure di prevenzione, devono intendersi quali soggetti indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso coloro nei confronti dei quali risultino acquisiti elementi di sicuro valore sintomatico tali da rendere ragionevolmente fondata la probabilità che costoro siano effettivamente aderenti a un'organizzazione criminosa appartenente al genere indicato nella norma (art. 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575, nel testo sostituito dall'art. 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646). A tale scopo vanno valorizzati i presupposti soggettivi, ponendosi l'accento sul tipo di condotta che possa apparire sintomatica del collegamento con fenomeni mafiosi e sul modo di estrinsecazione della personalità del soggetto. Gli indici rivelatori di un contesto indiziario di tale tipo sono il tenore di vita, la frequentazione con pregiudicati e mafiosi, i precedenti penali e le altre concrete manifestazioni comportamentali contrastanti con la sicurezza pubblica" (Cass. Sez. 6 del 6/7/99 n. 950 Riel)

Ed ancora

"Ai fini della partecipazione di una determinata persona ad associazione per delinquere di tipo mafioso, non può escludersi il valore indiziario, eventualmente confirmatorio di altre risultanze, attribuibile ai precedenti penali e giudiziari del soggetto, e anche ad eventuali provvedimenti di prevenzione, sempre che trattisi di precedenti o di pendenze relativi ai fatti o ai reati che per titolo, per modalità di esecuzione, per l'oggetto, per concorso di persone ovvero per altre circostanze significative permettano l'aggancio a presupposti o finalità denotanti un retroterra di criminalità organizzata di tipo mafioso" (Cass. Sez 6 8/3/99 n. 3089 Caruana)

La più volte ribadita autonomia del procedimento di prevenzione, la particolarità dei suoi fini, la conoscibilità di tutti gli atti da parte dei soggetti intervenuti, comportano necessariamente una regola di carattere generale: nel procedimento di prevenzione e che cioè compito del giudice è quello di valutare gli elementi indizianti portati alla sua attenzione dalla Polizia o dal Pubblico Ministero, non quello di attendere, come nel giudizio, alla formazione della prova.

Deve peraltro subito rilevarsi che nella fattispecie il complesso degli elementi probatori emersi nel corso delle indagini ha portato all'emissione di provvedimenti di custodia cautelare

nei confronti dei proposti (fondati su valutazione di gravità degli indizi e quindi su elementi che hanno spessore probatorio di gran lunga più elevato rispetto a quello necessario per l'applicazione di misure di prevenzione - cfr Cass. Sez 1 15/6/1995 n 2606) e che gli elementi di fatto desumibili dagli atti giudiziari e di polizia acquisiti, unitamente alle attestazioni di precedenti penali del Boanelli Gennaro, sono di consistenza tale da poter ricomprendere i proposti tra i soggetti di cui all'art. 1 L. 575/65, e forniscono un quadro indiziario sicuramente indicativo, alla stregua degli illustrati criteri di giudizio, della persistente ed elevata pericolosità qualificata dei proposti, assorbente rispetto alla comunque pacifica possibilità di ricondurre i medesimi nell'ambito delle categorie soggettive di cui all'art. 1 nn 1 e 2 L. 1423/1956, dovendo ritenersi provato che gli stessi, essendo inseriti in un sodalizio criminoso, avente finalità di realizzazione di una serie indefinita di reati (tra cui usure ed estorsioni, ma anche ricettazioni e riciclaggio di merci di provenienza illecita), discendente dalla permanenza del vincolo associativo, già penalmente apprezzato quale associazione per delinquere semplice, siano abitualmente dediti a traffici delittuosi e che vivano abitualmente con i proventi di attività delittuose (omissis).

(1-5) Misure di prevenzione ed applicazione estensiva delle stesse a situazioni ontologicamente assimilabili

Il Decreto in rassegna suscita delle perplessità sul punto in cui ha applicato la estensione delle misure di prevenzione a situazioni ritenute ontologicamente analoghe.

Occorre al riguardo ricordare che i presupposti del procedimento di prevenzione di cui alla L. 575/65 sono:

- a) "l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni comunque localmente denominate che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso" (art. 1 L. 575/65);
- b) pericolosità attuale dell'indiziato.

Ai fini del sequestro dei beni da sottoporre a confisca si richiede poi l'ulteriore requisito della pericolosità della res ai sensi dell'art. 2 ter II co. L. 575/65, ovverosia l'illecita provenienza della stessa. Già da una prima sommaria disamina dei presupposti richiesti per l'applicazione delle misure (patrimoniali e personali) in esame può facilmente constatarsi come gli stessi non ricorrano allorché i proposti risultano imputati dei reati di associazione per delinquere, di usura e di estorsione.

Non può in tal caso dirsi integrato il primo dei presupposti richiesti dall'art. 1 L. 575/65, ovverosia l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso o comunque ad associazioni che agiscono con metodi o finalità assimilabili a quelli ontologicamente caratterizzanti le associazioni di tipo mafioso.

La Cassazione (Sez. I 27 gennaio 1998) sembra abbia esteso il campo di applicazione della L. 575/65 anche alle associazioni finalizzate all'usura o all'estorsione, connotate ontologicamente da metodo e struttura analoghi a quelli propri dell'associazione di tipo mafioso.

Occorre peraltro intendere correttamente il significato dell'ontologica assimilabilità alle associazioni di tipo mafioso.

Al riguardo può preventivamente osservarsi che la norma di cui all'art. 1 L. 575/65, nella sua esegesi letterale sembra far riferimento unicamente alle associazioni di cui all'art. 416 bis C.p..

La citata sentenza supera, pertanto, l'incontestabile dato letterale della norma de qua.

Ed invero il principio di legalità che è il principio cardine del sistema penale non può surrettiziamente essere bypassato attraverso surrettizie interpretazioni analogiche che mal si conciliano con il noto brocardo *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*.

Né vale osservare che nel caso de quo non si verte nell'ipotesi dell'applicazione di una

pena bensì in quella di applicazione di una misura di prevenzione la quale, basandosi sulla mera pericolosità sociale del soggetto può anche prescindere dalla commissione di reati e quindi, a maggior ragione dal principio di tassatività, corollario ineludibile del principio di legalità che presiede all'accertamento penale.

Ed invero non può disconoscersi che nel momento in cui la norma in materia di misura di prevenzione richiama tra i suoi presupposti l'esistenza di una prova indiziaria in ordine alla commissione di un determinato reato, come nell'ipotesi de qua, non possono non venire in gioco i principi di legalità e di tassatività, con il conseguente divieto di estensione analogica, che sono alla base dell'accertamento della violazione della norma penale.

Il vulnus arrecato ai principi di legalità e tassatività si tradurrebbe immancabilmente in un ulteriore vulnus al principio di colpevolezza il quale, alla luce della nota sentenza della Corte cost. 364/88, comprende in sé anche la conoscibilità della "tipica" valenza penale di un determinato comportamento.

Le surrettizie interpretazioni analogiche pertanto non solo ledono il principio di legalità che è alla base dell'accertamento penale, ma anche il principio di legalità che presiede allo stesso procedimento di prevenzione, il quale nell'ipotesi di cui alla L. 575/65, essendo destinato ad esplicarsi nei confronti di indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, è destinato a sfociare non tanto in una misura ante o praeter delictum, ma piuttosto in una misura ante causam, la quale precede l'accertamento penale, costituendo l'appartenenza ad associazioni siffatte già di per sé stesso reato, a prescindere dalla commissione dei reati-fine.

Al riguardo non può non osservarsi come l'associazione per delinquere finalizzata alla commissione di determinati reati (usura ed estorsione nell'ipotesi de qua), non possa essere ontologicamente assimilata ad una associazione di tipo mafioso.

Delle due l'una: o l'associazione risulta caratterizzata dalle finalità e dalle metodologie di tipo mafioso ed allora si configura il reato di cui all'art. 416 bis C.p. oppure, trattandosi di un'associazione non caratterizzata dalle tipologiche finalità e metodologie di tipo mafioso, ma unicamente volta alla commissione di determinati reati, si verte nell'ipotesi di associazione per delinquere di cui all'art. 416 C.p., non assimilabile ontologicamente a quella di tipo mafioso. Tra le due ipotesi di reato "tertium non datur". La dimostrazione dell'ontologica diversità dell'associazione per delinquere dalla associazione di tipo mafioso è peraltro dimostrata da due dati incontestabili:

1) da un punto di vista storico dalla introduzione ad opera della L. 646/82 dell'art. 416 bis, colmandosi in tal modo una lacuna legislativa e venendosi incontro alla necessità di sanzionare anche l'appartenenza ad associazioni che, a differenza di quelle per delinquere, risultino caratterizzate dalla finalità meramente eventuale della commissione di reati ed abbiano come precipua finalità il dominio delle leve del potere politico ed economico, nonché come metodologia l'uso della forza d'intimidazione derivante dal vincolo associativo la quale è destinata ad esplicarsi sia verso l'esterno che nei confronti degli stessi associati;

2) da un punto di vista applicativo dal recente orientamento giurisprudenziale il quale ha configurato l'ipotesi del concorso esterno alle associazioni di tipo mafioso proprio per venire incontro alla necessità, da più parti avvertita, di sanzionare autonomamente comportamenti che, per non essere caratterizzati dal perseguimento delle specifiche finalità di cui all'art. 416 bis, e quindi dal dolo specifico che caratterizza il reato de quo, non possano qualificarsi come ipotesi di appartenenza ai consorzi criminali de quibus. Né vale replicare che le associazioni per delinquere che abbiano come finalità la commissione di determinati reati come i reati di usura o di estorsione adottino una metodologia di tipo mafioso. Una cosa è infatti l'intimidazione derivante dalla commissione di determinati reati-fine caratterizzati ontologicamente da un determinata pressione morale nei confronti dei soggetti passivi, altra cosa è la forza di intimidazione

derivante dal vincolo associativo di cui all'art. 416 bis, la quale prescinde dalla commissione di specifici reati-fine e deriva dalla stessa esistenza dell'associazione di tipo mafioso, la quale poggia la sua forza non su specifici atti di violenza, ma sulla sua stessa fama. Tale vis, nelle associazioni di tipo mafioso, non nasce dal nulla ma è il risultato di un'antica e comunque consolidata consuetudine di violenza. Tipico dell'associazione di tipo mafioso è pertanto, come retta-mente descritto dal Legislatore, il fatto di posare la propria forza sull'intimidazione derivante, anche in maniera velata, dal vincolo associativo e sulla solidarietà nel conservare il silenzio per interesse comune ed altresì tipico di tale forma di associazione è non solo la finalità di commettere delitti, finalità che normalmente manca, o almeno non assume la stessa configurazione di quella propria dell'associazione per delinquere, ma precipuamente la finalità di estendere la propria influenza, sia essa configurabile come gestione diretta, sia invece configurabile come più generico ed indiretto controllo, in tutti quei settori (attività economiche, appalti, concessioni, servizi pubblici, etc.) che garantiscono potere economico, politico o decisionale.

Né può addursi a sostegno dell'opzione interpretativa di cui alla pronuncia giurisprudenziale richiamata, il fatto che l'art. 1 L. 575/65 si riferisca ad associazioni che perseguono finalità o agiscano con metodi corrispondenti alle associazioni di tipo mafioso.

L'uso della disgiuntiva adoperato nella formulazione della norma de qua, in luogo della copulativa non deve invero trarre in inganno e portare a ritenere che il Legislatore si sia riferito a sodalizi criminali che presentino un minus rispetto alle associazioni di tipo mafioso. Per comprendere esattamente il significato delle parole utilizzate dal Legislatore occorre far leva sul rapporto intercorrente tra l'ipotesi di reato di cui all'art. 416 e quella di cui all'art. 416 bis.

Tale rapporto si configura di specialità laddove l'associazione abbia per oggetto la commissione di reati, assurgendo in tal caso la metodologia di tipo mafioso ad elemento specializzante rispetto alla semplice associazione per delinquere, o di eterogeneità laddove l'associazione persegua scopi diversi da quelli della commissione di determinati reati-fine, ovverosia il dominio delle leve del potere economico e/o politico venendo in tal caso in rilievo proprio la specifica finalità perseguita da tali tipi di associazioni, ontologicamente distinte da quelle perseguite dalle associazioni per delinquere (di qui il rapporto di eterogeneità e non di semplice specialità fra la due ipotesi di reato), configurandosi in tale ipotesi la metodologia di tipo mafioso come semplice modalità di conseguimento di quelle finalità altrimenti lecite (in tal senso Cass. 6/6/1992 n. 6784).

L'art. 1 L. 575/65 sembra pertanto riferirsi, alla luce di tale corretta opzione ermeneutica, a quelle associazioni qualificabili come di tipo mafioso ai sensi dell'art. 416 bis C.p. o per la loro metodologia, assurgente ad elemento specializzante rispetto alla comune associazione per delinquere o per le loro specifiche finalità, configurandosi in tal caso la metodologia come semplice modalità di conseguimento di tali finalità che valgono a conferire all'associazione carattere di eterogeneità rispetto alla comune associazione per delinquere.

Che questa sia la corretta esegesi della norma de qua è ulteriormente dimostrato dal fatto che la Giurisprudenza consolidata ha sempre ricompreso nel suo ambito di applicabilità le associazioni "qualificate" ovverosia le associazioni di tipo mafioso nonché dal fatto che essa si riferisce "alle associazioni di tipo mafioso, alla camorra, ed ad altre associazioni comunque localmente denominate...". Il riferimento alla locale denominazione, invero, assume una specifica valenza solo se ricordato alla metodologia ed alle finalità caratterizzanti le associazioni di tipo mafioso, dimostrando ulteriormente che le associazioni di cui alla norma de qua sono quelle caratterizzate da un insediamento sul territorio derivante o dalla forza di intimidazione del vincolo associativo, a sua volta basata su un'antica consuetudine di violenza, ovvero dal dominio conseguito nel mondo economico e/o politico

Avv.Prof. Pietro NOCITA

I

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO
Sezione staccata di Latina – Pres. Rel. Bianchi - Sentenza N. 567/2003
E.R. c/ Comune di Terracina

Edilizia ed urbanistica - Condono edilizio - domanda - presentazione - successiva emissione di ordinanza di demolizione - illegittimità.

La presentazione della domanda di condono edilizio sospende ex lege il procedimento di repressione degli abusi edilizi, di talché illegittimamente il Comune ordina la demolizione prima di aver esaminato la domanda di sanatoria (1)

II

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO
sezione II Bis – Presidente Speranza – Est. Tavarnelli – sentenza 4842/03
L.E. c/ Comune di Ciampino

Condono edilizio - ingiunzione di demolizione - successiva istanza di sanatoria - effetti

L'ordinanza di demolizione a suo tempo impugnata perde efficacia se il Comune rilascia il condono, ma il ricorso non diventa improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, perché la demolizione ingiunta era legittima, per il principio del "tempus regit actum", in quanto non pendente presso il Comune alcuna domanda di sanatoria edilizia, al momento dell'emanazione dell'ingiunzione a demolire (2)

I

La sentenza così motiva:

Fatto

Con ricorso notificato il 10 gennaio 1996 e depositato il 1 febbraio 1996, il Sig. E. R. impugna il provvedimento n. 679, notificato il 18 novembre 1995, con il quale il Comune di Terracina ha disposto la demolizione delle seguenti opere edilizie eseguite dal ricorrente, senza titolo concessorio, in via degli Oleandri:

- ◆ manufatto in blocchetti cemento di mq. 60,00.

Il ricorrente ha dedotto la illegittimità del provvedimento impugnato ed ha concluso per il suo annullamento; con ogni conseguenza.

Il Comune di Terracina non si è costituito in giudizio.

Alla pubblica udienza del 9 maggio 2003 il ricorso è passato in decisione.

Diritto

1) E' impugnata l'ordinanza n. 679, senza data, notificata il 18.11.1995 del Comune di Terracina, con la quale è stata disposta la demolizione di opere abusive, per le quali la sig.ra C. P., moglie del ricorrente, ha presentato in data 3.2.1995 istanza di condono edilizio.

2) E' fondato ed assorbente il primo motivo di ricorso.

Gli artt. 38 e 44 della Legge 28 febbraio 1985 n. 47 dispongono invero che, in pendenza del termine per presentare nelle fattispecie previste dagli artt. 31 e ss. istanza di condono per abuso edilizio e - ove essa sia stata presentata- nelle more della sua decisione, non possono essere adottati

od aver corso ulteriori provvedimenti repressivi dei cennati abusi.

Per tale motivo il ricorso deve essere accolto restando assorbita ogni altra doglianza salve le ulteriori determinazioni dell'Autorità amministrativa in caso di reiezione dell'istanza di condono.

Le spese di giudizio possono essere compensate.

II

La sentenza così motiva:

Fatto- La difesa del ricorrente ha fatto presente che:

- ◆ il sig. E.L. è proprietario dell'appezzamento di terreno di mq. 2095 sito in loc.tà M. C. di Ciampino,
- ◆ su tale immobile, acquistato con atto notarile del 23.1.1992, sono siti due piccoli manufatti contigui di circa mc. 143, parte in muratura e parte costituita da un prefabbricato adibito a magazzino e deposito di attrezzi agricoli;
- ◆ in ordine a tali manufatti, realizzati da altri ed in fase di completamento, è stata inoltrata richiesta di concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 13 Legge 47/85;
- ◆ il Comune di Ciampino ha emesso l'ordinanza ingiunzione di demolizione specificata in epigrafe

Con il presente ricorso il sig. E. L. ha impugnato, unitamente ad ogni atto connesso, l'anzidetto provvedimento, deducendo i seguenti motivi.

1) Eccesso di potere per errore e travisamento dei fatti: l'ordinanza -ingiunzione è inficiata da nullità sia perché si riferisce ad un immobile riportato in Catasto con la particella n. 1 ben diverso da quello di proprietà del ricorrente distinto al N.C.T. di Ciampino alla partita 11459 fg. 9 con la particella n. 98 e sia perché in essa viene considerato un manufatto di mc. (15 x 6 x 43) 3.870 che non esiste affatto e che è frutto di evidente errore dell'ingiunzione-diffida e degli atti su cui essa si fonda;

2) la diffida a demolire è viziata dallo stesso eccesso di potere per illogicità poiché i piccoli manufatti di cui è causa rientrano nelle previsioni urbanistiche del P.R.G. di Ciampino, tanto che per essi è stata avanzata la richiesta di concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 13 della L. 47/85.

Il Comune di Ciampino, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso in quanto infondato: sia perché il manufatto è stato realizzato in difetto di titolo concessorio sia perché la domanda di sanatoria presentata dal ricorrente è stata rigettata con provvedimento non impugnato, ricevuto il 31.5.96, per contrasto con le norme tecniche di attuazione al P.R.G. e inoltre perché l'istanza è irricevibile ai sensi della L. R. in quanto l'opera ricade in zona soggetta alla Legge 1497/39. La difesa del Comune ha puntualizzato le sue tesi con successiva memoria.

Diritto

Il sig. E. L. ha impugnato il provvedimento in data 7 febbraio 199 (notificato il 13.2.96) con il quale il Sindaco di Ciampino gli ha ingiunto, ai sensi della L. n. 47/1985, la demolizione di opere eseguite in assenza di concessione edilizia.

Il ricorso è infondato.

Va disatteso il primo motivo di impugnativa con il quale si deduce che l'atto impugnato sarebbe nullo, sia perché si riferisce ad un immobile riportato in catasto con la particella n. 1 ben diverso da quello di proprietà del ricorrente distinto al N.C.T. di Ciampino alla partita 11459 fg. 9 con la particella n. 98 e sia perché in essa viene considerato un manufatto di mc 3.870 (15x6x43) che non esiste affatto. Al riguardo va tenuto presente che il provvedimento impugnato ha semplicemente commesso un errore materiale nella trascrizione dei dati risultanti dal ver-

bale di accertamento del Comando di P.U. n. 6345 del 29.12.95, depositato in giudizio, il quale identifica le opere edili abusive (tre manufatti in aderenza di m. 3 di h., costituenti una "intera struttura di ml. 15,60 x 6,00"); si tratta di un errore sostanzialmente irrilevante rispetto alla puntuale descrizione delle opere contenuta nel predetto verbale, al quale il provvedimento impugnato ha fatto espresso richiamo. Irrilevante è anche l'incompleta e imprecisa indicazione catastale della proprietà del ricorrente, sia perché non è contestato che tale proprietà è quella sita in Comune di Ciampino, via Colle Oliva, s.n.c. località Mola Cavona, come indicato dal provvedimento impugnato, dal citato verbale nonché dall'atto di acquisto, sia perché il ricorrente, successivamente alla notifica del provvedimento impugnato, ha presentato in data 9.4.1996 domanda di concessione in sanatoria ai sensi dell'art. 13 della legge 47/85.

Infondato è anche il secondo motivo di impugnativa che deduce l'eccesso di potere per illogicità perché i piccoli manufatti di cui è causa rientrerebbero nelle previsioni urbanistiche del P.R.G. di Ciampino, tanto che per essi è stata avanzata la richiesta di concessione in sanatoria ai sensi del cit. art. 13 L. 47/85.

In realtà il provvedimento impugnato è stato legittimamente adottato in quanto nelle premesse rileva che le opere edili "sono state eseguite in assenza di concessione edilizia" e considera che nel caso in esame "trova applicazione il 2° comma dell'art. 7 della legge 20.2.85 n.47". Questa norma prevede, infatti, che "Il sindaco, accertata l'esecuzione di opere in assenza di concessione ... ingiunge la demolizione". Il successivo terzo comma dello stesso articolo stabilisce un "termine di novanta giorni dall'ingiunzione", entro il quale il responsabile dell'abuso deve provvedere alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi se vuole evitare l'acquisizione gratuita al patrimonio del Comune del bene e dell'area (quest'ultima in determinati limiti).

L'art. 13 cui fa riferimento il ricorrente presuppone, fra l'altro, che sia stato legittimamente adottato il provvedimento di ingiunzione a demolire, proprio perché prevede che "Fino alla scadenza del termine di cui all'art. 7, terzo comma per i casi di opere eseguite in assenza di concessione ... il responsabile dell'abuso può ottenere la concessione in sanatoria quando l'opera eseguita in assenza della concessione ... è conforme agli strumenti urbanistici generali e di attuazione approvati e non in contrasto con quelli adottati sia al momento della realizzazione dell'opera, sia al momento della presentazione della domanda."

Nell'ipotesi in cui sia rilasciata la concessione in sanatoria, l'ingiunzione di demolizione, perde semplicemente efficacia, ma non può in ogni caso considerarsi come annullata, essendo stata a suo tempo legittimamente adottata.

Ove l'istanza di concessione in sanatoria sia rigettata la predetta ingiunzione deve ritenersi non solo legittima ma efficace (come ha ritenuto nella fattispecie questa Sezione che, con ordinanza n. 1558/96 in data 6.6.96, ha respinto l'istanza di sospensione dell'ingiunzione di demolizione "considerato che è stata anche respinta l'istanza di sanatoria"; cfr. in termini, ordinanza C.S., V, 13.3.2001, che nega la sospensione di un provvedimento di demolizione, una volta definitivamente negata la sanatoria dell'immobile). Va in proposito tenuto presente che l'istanza di sanatoria è stata presentata dal ricorrente in data 9.4.96, anteriore a quella di notifica del ricorso, avvenuta l'11.4.96, e successiva a quella di notifica del provvedimento impugnato, avvenuta il 13.2.96. Tale istanza è stata respinta con provvedimento in data 22.5.96, notificato per posta il 3 presso l'indirizzo indicato nell'istanza predetta; il provvedimento stesso, allo stato, non risulta impugnato.

Va ancora considerato che la giurisprudenza (Cfr. Csi 23.4.2001, n. 183, richiamata anche dalla recente sentenza di questa Sezione 19.3.03 n. 2388) ha posto in rilievo che la presentazione dell'istanza di sanatoria non rende improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso proposto contro l'ordine di demolizione, atteso che nell'ipotesi di rigetto di tale istanza riprende l'iter procedimentale relativo alla misura sanzionatoria.

Per le ragioni indicate il ricorso in esame non è meritevole di accoglimento. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio

(1-2) La subordinazione al condono dell'ordinanza di demolizione ed il brocardo giuridico "eletta una via non datur recursus ad alteram"

Le due sentenze sopra riportate sono emblematiche dell'orientamento del TAR Lazio in materia di rapporti tra impugnazione dell'ordinanza di demolizione per lavori edilizi abusivi e la presentazione del condono. Per l'appunto il Comune deve preliminarmente esaminare la domanda di sanatoria presentata dall'interessato. Solo all'esito dell'esame eventualmente negativo del condono, il Comune potrà emettere l'ordine di demolizione, avendo accertato l'impossibilità di sanatoria.

Del resto se si operasse all'incontrario, ne risulterebbe l'aberrazione amministrativa secondo cui l'opera conforme agli strumenti urbanistici, verrebbe demolita preventivamente.

Quid iuris invece se la domanda di sanatoria è successiva all'impugnazione dell'ordinanza di demolizione?

Al riguardo il T.A.R. Lazio si era sempre espresso per la sopravvenuta improcedibilità del ricorso in base al principio contenuto nel noto brocardo giuridico "eletta una via (cioè l'impugnazione dell'ordine di demolizione) non datur recursus ad alteram (ovvero la presentazione della domanda di sanatoria)".

In realtà tale orientamento pare erroneo, perché non considera che un soggetto può ben decidere di richiedere il condono, anche se ha già impugnato l'ordine di demolizione, perché per esempio, ciò viene a rafforzare la sua volontà di preservare quanto costruito.

Al riguardo, la recentissima Sent. TAR Lazio 4842/03 apre nuovi spiragli giurisprudenziali, perché viene ad affermare che la domanda di rilascio di condono non indica per nulla il sopravvenuto difetto d'interesse del ricorrente per il precedente ricorso, avverso l'ordine di demolizione emesso dal Comune. Difatti possono verificarsi 2 ipotesi:

- ◆ o la sanatoria viene respinta e quindi il procedimento di demolizione riprende il proprio iter,
- ◆ o la sanatoria ha esito favorevole per l'interessato e quindi l'ordine di demolizione perde efficacia.

In quest'ultimo caso non si può arrivare ad una declaratoria di illegittimità *ab origine* dell'atto amministrativo, perché (in base al principio del *tempus regit actum*) al momento dell'emanazione della diffida a demolire, non era stata ancora presentata alcuna sanatoria, sicché legittimamente il Comune aveva potuto ingiungere la demolizione.

In conclusione si deve ritenere perfettamente condivisibile il nuovo orientamento del TAR Lazio.

Avv. Marco Valerio SANTONOCITO