

Opinioni E Confronti

RIVISTA TRIMESTRALE DI ECONOMIA E DIRITTO

Diretta da
Daniela Di Gravio e Massimo Giuliano

-
- Il concordato fallimentare cambia pelle.
La priorità è risanare (in fretta) l'azienda
 - Obbligo di informazione e conflitto di interessi nei contratti bancari
 - La manovra d'estate integrata con la manovra d'autunno 2006
 - Indagini finanziarie nei confronti di imprese e professionisti:
i nuovi poteri degli Uffici Fiscali
-

Opinioni E Confronti

RIVISTA TRIMESTRALE DI ECONOMIA E DIRITTO

Direzione e redazione

Studio legale e commerciale

Avv. Massimo Giuliano e Dott.ssa Daniela Di Gravio

00199 Roma - Via Sebino, 32

Tel. 06.8414562 - Fax 06.8411378

redazione@giulianoedigravio.it

<http://www.opinionieconfronti.com>

Proprietario ed editore Editrice Marsica Domani S.r.l.

Via B. Croce, 4 - 67051 Avezzano (AQ)

Registrato presso il tribunale di Avezzano al n. 177 del 29/09/2004

Stampato nel mese di ottobre 2006

da Tipolitografia Colitti snc

Roma - Via G. Libetta, 15/A - 06 5740258

Opinioni E Confronti

RIVISTA TRIMESTRALE DI ECONOMIA E DIRITTO

Direttori

Daniela Di Gravio
Massimo Giuliano

Comitato tecnico scientifico

Antonino Battiati, Salvatore Bellomia, Andrea Barletta
Antonio Michele Caporale, Ernesto Chiacchierini,
Adolfo de Rienzi, Antonella Distante,
Cesidio Di Gravio, Gino Falleri,
Filippo Gargallo di Castel Lentini,
Walter Guadagno, Giuseppe Marini,
Marco Marazza, Bruno Molinaro,
Umberto Pinotti, Fabrizio Politi, Leonardo Saviano,
Raffaele Titomanlio, Vittorio Tomasone,
Francesco Paolo Traisci, Silvio Vannini.

Hanno collaborato

Vincenzo D'Andò, Gino Falleri,
Filippo Gargallo di Castel Lentini, Daniela Giuliani,
Massimo Giuliano, Enrico Larocca, Sergio Meo,
Stenio Salzano, Giuseppe Zambon.

Anno III - n. 2/3 - 30 settembre 2006

MODALITÀ DI COLLABORAZIONE E CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

La Rivista viene pubblicata trimestralmente. Gli articoli da pubblicare devono essere forniti in copia su carta e su floppy disc e inviati alla redazione della rivista "Opinioni e Confronti", Via Sebino, 32 - 00199 Roma, oppure all'indirizzo e-mail **redazione@giulianoedigravio.it**

La collaborazione, se non diversamente concordato, si intende gratuita.

La responsabilità degli articoli e delle opinioni espresse spetta esclusivamente agli Autori.

È vietata la riproduzione degli scritti apparsi sulla Rivista salvo espressa autorizzazione della Direzione.

Il prezzo di ogni fascicolo della Rivista è di euro 15,00. Le quote annue di abbonamento sono così fissate: euro 50,00 per gli abbonamenti in Italia, euro 60,00 per l'estero.

Gli abbonamenti possono essere sottoscritti telefonando direttamente e inviando una fotocopia della ricevuta di pagamento sul c.c. postale n. 10672673, causale di versamento: "Opinione E Confronti".

L'abbonamento decorre dalla data di versamento della quota annua di abbonamento.

I fascicoli non pervenuti devono essere reclamati dall'abbonato non appena ricevuto il fascicolo successivo. Dopo tale termine, l'ufficio abbonamenti provvede alla spedizione solo contro rimessa dell'importo.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno comunicate all'editore.

Per qualunque informazione contattare l'ufficio abbonamenti:

Via Sebino 32, 00199 Roma - tel. 06/8414562 - Fax 06/8411378

e-mail: redazione@giulianoedigravio.it

Indirizzo internet: <http://www.opinioneiconfronti.com>

Registrata presso il Tribunale di Avezzano al n. 177 del 29/09/2004

I PARTE

Saggi

Il concordato fallimentare cambia pelle. La priorità è risanare (in fretta) l'aziendapag.	9
<i>Massimo Giuliano</i>	
Alcune considerazioni in materia di obbligo di informazione e conflitto di interessi nei contratti bancari.....pag.	23
<i>Sergio Meo</i>	
I principi generali elaborati ed applicati dalla giurisprudenza comunitaria agli appalti pubblici.....pag.	31
<i>Daniela Giuliani</i>	
Evoluzione storica e giuridica della tutela dei beni culturali dall'unità d'Italia al Codice Urbani. Cenni sulla tutela paesistica.pag.	53
<i>Filippo Gargallo di Castel Lentini</i>	
Il Portavoce, competenze e limiti.....pag.	65
<i>Gino Falleri</i>	
Modelli di regolazione a confronto: il settore ferroviario e le telecomunicazioni Parte II - La regolazione delle tariffe nel settore delle telecomunicazionipag.	77
<i>Stenio Salzano</i>	

II PARTE

L'angolo del commercialista

Rubrica a cura di "www.commercialistatelematico.com"

La manovra d'estate (decreto Bersani - Visco) integrata con la manovra d'autunno 2006.....pag.	93
<i>Giuseppe Zambon</i>	
Indagini finanziarie nei confronti di imprese e professionisti: i nuovi poteri degli Uffici Fiscali.....pag.	121
<i>Vincenzo D'Andò</i>	

La manovra-bis cambia la tassazione dei redditi
di lavoro autonomo.....pag. 137
Enrico Larocca

III PARTE

Giurisprudenza

La responsabilità contrattuale della struttura ospedaliera
e del medico dipendente. Sentenza del Tribunale
di Venezia 7 agosto 2006, G.U. dott. Roberto Simonepag. 145

PARTE I
Saggi

IL CONCORDATO FALLIMENTARE CAMBIA PELLE LA PRIORITÀ È RISANARE (IN FRETTA) L'AZIENDA*

di Massimo Giuliano, avvocato - Studio Giuliano e Di Gravio

PREMESSA

Il 16 luglio è entrata in vigore la nuova legge fallimentare, modificata dal D.Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 “*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80*”, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale n. 12 del 16 gennaio 2006-Supplemento Ordinario n. 13*”.

Nonostante il discreto lasso di tempo lasciato dal legislatore agli operatori del diritto per digerire le nuove norme, numerosi sono ancora i dubbi interpretativi che i tribunali necessariamente si accingeranno a risolvere, ognuno seguendo un proprio orientamento.

Nel frattempo, il legislatore non completamente refrattario a quanti chiedevano un rinvio dell’entrata in vigore della legge, ha accolto parzialmente le richieste degli operatori delegando il governo¹ ad adottare quelle disposizioni correttive e integrative necessarie, nel rispetto dei principi e criteri direttivi sanciti nella Legge 80 del 2005², pur tuttavia non ha ritenuto di

* **Articolo pubblicato sul n. 36 del 2006 di Diritto e Giustizia, Giuffrè, pag. 108.**

¹ Legge 12 luglio 2006, n. 228, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 160 del 12 luglio 2006.

² Al comma 6 dell’art. 1 L. 5 maggio 2005 n. 80.è stabilito che, nell’esercizio della delega di cui al comma 5, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) modificare la disciplina del fallimento, secondo i seguenti principi:

1) semplificare la disciplina attraverso l’estensione dei soggetti esonerati dall’applicabilità dell’istituto e l’accelerazione delle procedure applicabili alle controversie in materia;

2) ampliare le competenze del comitato dei creditori, consentendo una maggiore partecipazione dell’organo alla gestione della crisi dell’impresa; coordinare i poteri degli altri organi della procedura;

3) modificare la disciplina dei requisiti per la nomina a curatore, annoverando tra i soggetti legittimati a ricoprire la carica gli studi professionali associati, le società tra professionisti, nonché coloro che abbiano comprovate capacità di gestione imprenditoriale;

4) modificare la disciplina delle conseguenze personali del fallimento, eliminando le sanzioni personali e prevedendo che le limitazioni alla libertà di residenza e di corrispondenza del fallito siano connesse alle sole esigenze della procedura;

5) modificare la disciplina degli effetti della revocazione, prevedendo che essi si rivolgano nei confronti dell’effettivo destinatario della prestazione;

6) ridurre il termine di decadenza per l’esercizio dell’azione revocatoria;

7) modificare la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici pendenti, ampliando i termini entro i quali il curatore deve manifestare la propria scelta in ordine allo scioglimento

Nel proseguire i predetti obiettivi si è proceduto verso la privatizzazione della crisi d'impresa favorendo, da un lato, il più possibile gli accordi tra i soggetti protagonisti della crisi, debitore e creditori, e dall'altro limitando il potere d'ingerenza del giudice delegato, (sottraendo spazi del diritto con-

dei relativi contratti e prevedendo una disciplina per i patrimoni destinati ad uno specifico affare e per i contratti di locazione finanziaria;

8) modificare la disciplina della continuazione temporanea dell'esercizio dell'impresa, ampliando i poteri del comitato dei creditori e del curatore ed introducendo l'obbligo di informativa periodica da parte del curatore al comitato dei creditori sulla gestione provvisoria;

9) modificare la disciplina dell'accertamento del passivo, abbreviando i tempi della procedura, semplificando le modalità di presentazione delle relative domande di ammissione e prevedendo che in sede di adunanza per l'esame dello stato passivo i creditori possano, a maggioranza dei crediti insinuati, confermare o effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori, nonché confermare il curatore ovvero richiederne la sostituzione indicando al giudice delegato un nuovo nominativo;

10) prevedere che, entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario, il curatore predisponga un programma di liquidazione da sottoporre, previa approvazione del comitato dei creditori, all'autorizzazione del giudice delegato contenente le modalità e i termini previsti per la realizzazione dell'attivo, specificando:

10.1) se è opportuno disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa o di singoli rami di azienda, anche tramite l'affitto a terzi;

10.2) la sussistenza di proposte di concordato;

10.3) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare;

10.4) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco;

10.5) le condizioni della vendita dei singoli cespiti, e che il comitato dei creditori possa proporre al curatore modifiche al programma presentato, prima di procedere alla sua votazione, e che l'approvazione del programma sia subordinata all'esito favorevole della votazione, da parte del comitato dei creditori;

11) modificare la disciplina della ripartizione dell'attivo, abbreviando i tempi della procedura e semplificando gli adempimenti connessi;

12) modificare la disciplina del concordato fallimentare, accelerando i tempi della procedura e prevedendo l'eventuale suddivisione dei creditori in classi che tengano conto della posizione giuridica e degli interessi omogenei delle varie categorie di creditori, nonché trattamenti differenziati per i creditori appartenenti a classi diverse; disciplinare le modalità di voto per classi, prevedendo che non abbiano diritto di voto i creditori muniti di privilegio, pegno ed ipoteca, a meno che dichiarino di rinunciare al privilegio; disciplinare le modalità di approvazione del concordato, modificando altresì la disciplina delle impugnazioni al fine di garantire una maggiore celerità dei relativi procedimenti;

13) introdurre la disciplina dell'esdebitazione e disciplinare il relativo procedimento, prevedendo che essa consista nella liberazione del debitore persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti qualora:

13.1) abbia cooperato con gli organi della procedura fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e al proficuo svolgimento delle operazioni;

13.2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare la procedura;

13.3) non abbia violato le disposizioni di cui alla gestione della propria corrispondenza;

13.4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;

far slittare l'entrata in vigore del nuovo impianto normativo fino all'esercizio della predetta delega.

La nuova legge fallimentare rappresenta l'ultima tappa – non definitivamente conclusa – di una staffetta il cui primo *step* si è avuto la scorsa primavera, con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge n. 80/2005, nell'ambito della disciplina per il rilancio della competitività, con la riscrittura del concordato preventivo modificando gli artt. 160, 161, 163, 167, 180, 181, e della revocatoria fallimentare e l'introduzione di due nuovi istituti, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, disciplinato dall'art. 182 bis l.f., e il piano attestato di risanamento, previsto dall'art. 67 comma 3 lett. e)³.

Si è più volte rimarcato che lo spirito della riforma voleva e vuole condurre a dotare l'ordinamento nazionale di un diritto concorsuale moderno ispirato ai principi comunitari che vogliono l'impresa al centro del diritto e dove il principale interesse che si vuole garantire, cioè la tutela della collettività dei creditori, può e deve essere perseguito lasciando all'accordo delle parti la decisione sul come risolvere la crisi, affidando invece al giudice solo il (semplice) controllo del rispetto formale delle regole.

Ci troviamo dunque di fronte ad una legge fallimentare che considera “le procedure concorsuali non più in termini interamente liquidatori – sanzionatori, ma piuttosto come destinate a un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, e in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali”⁴.

13.5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;

13.6) non sia stato condannato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione.

14) abrogare la disciplina del procedimento sommario;

b) prevedere l'abrogazione dell'amministrazione controllata;

c) prevedere che i crediti di rivalsa verso il cessionario previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, se relativi alla cessione di beni mobili, abbiano privilegio sulla generalità dei mobili del debitore con lo stesso grado del privilegio generale di cui agli articoli 2752 e 2753 del codice civile, cui tuttavia è posposto.

³ Per una prima lettura dell'articolato normativo sia consentito rinviare a M. Giuliano, “*Il nuovo concordato preventivo: si parte dallo “stato di crisi”*”, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 13 del 2005, *Il Sole24ore*, pagg. 22 ss.; e dello stesso autore *Il nuovo concordato preventivo: i presupposti e le condizioni di accesso*, *Diritto e Giustizia* quotidiano di informazione, www.dirittoegiustizia.it

⁴ Relazione illustrativa.

corsuale alla giurisdizione) affidandogli poteri tipicamente giurisdizionali, di risoluzione di conflitti e di garanzie della legalità.

In tale contesto si è quindi deciso di affidare la gestione del fallimento al curatore, il quale, in costante contraddittorio con il comitato dei creditori, vero erede dei poteri del giudice delegato, cercherà di massimizzare la liquidazione dell'impresa.

Si è assistito dunque ad una distribuzione qualitativa dei poteri prima attribuita al giudice delegato, ora, non sempre razionalmente, affidati al comitato dei creditori e al curatore⁵.

Al comitato dei creditori – quale espressione collettiva dell'interesse comune al ceto creditorio – si è voluto affidare quelle maggiori competenze finalizzate ad un maggior coinvolgimento nella gestione della crisi d'impresa che, secondo un'attenta e qualificata dottrina, finirà tuttavia per condizionare l'andamento e l'esito del fallimento.

Vi è stata dunque una valorizzazione dell'autonomia privata che lungi da divenire strumento dei creditori forti dovrà invece essere canalizzata sotto il controllo del giudice, verso la massima soddisfazione di tutta la collettività di creditori coinvolti nella crisi aziendale.

In tale contesto, la decisa privatizzazione impressa alla nuova legge sull'insolvenza dell'impresa, potrebbe favorire lo sviluppo di fondi di *turnaround* specializzati nel rilancio delle aziende in crisi, con un indubbio beneficio per il sistema impresa e soprattutto per i creditori e i lavoratori, spesso vere vittime dell'insolvenza dell'impresa.

LA LEGITTIMAZIONE, L'ISTANZA E IL CONTENUTO DEL CONCORDATO

E' stato evidenziato che tutta l'attività degli organi fallimentari è finalizzata ad ottenere in tempi piuttosto rapidi, e nel miglior modo possibile, la liquidazione dell'attivo e la cessazione della procedura.

Risanamento e recupero della crisi di impresa sono i due principali obiettivi che si è posto il nuovo regolamento delle procedure concorsuali, finalizzati alla rigenerazione di ricchezza e al salvataggio dei posti di lavoro, che lasceranno lo spazio alla liquidazione dell'azienda solo se concretamente inattuabili.

⁵ I compiti di amministrazione del patrimonio del debitore e di gestione della procedura affidati al giudice sotto la vigenza della precedente legge fallimentare erano giustificati dall'impronta pubblicistica e dirigitica caratterizzante tutte le procedure concorsuali.

E' in tale contesto si colloca il concordato fallimentare che da "modo di chiusura del tutto speciale e processualmente non naturale"⁶ diventa strumento finalizzato al risanamento rapido dell'azienda.

E tale mutamento di prospettiva è reso ancora più evidente laddove si consideri la sottrazione dell'iniziativa al solo fallito e l'attribuzione della legittimazione attiva a proporre il concordato al creditore o al terzo, i quali prima ancora del fallimento potranno presentare la relativa domanda.

Sotto la vigenza della vecchia disciplina la giurisprudenza di legittimità e di merito hanno affermato la natura pubblicistica del concordato fallimentare, ponendo, tra l'altro, in rilievo che tale inquadramento giuridico costituisce il solo modo di spiegare determinati effetti conseguenti alla sentenza di omologazione.

Si è sostenuto che gli effetti del concordato fallimentare non derivano dalla convenzione delle parti a contenuto remissorio o liberativo, ma dalla legge, che attribuisce alla sentenza di omologazione l'effetto di sovrapporsi agli accordi tra le parti, che ne costituiscono soltanto il presupposto e che in essa sono trasfusi e rimangono assorbiti⁷.

In dottrina vi è chi lo ha qualificato in un accordo avente per oggetto la liquidazione del dissesto del debitore, di cui l'omologazione contribuisce una condizione di efficacia⁸; in un contratto con la massa dei creditori⁹; in un contratto tra il fallito ed i creditori, reso efficace dalla sentenza di omologazione¹⁰.

Altri, invece, aderendo all'orientamento pubblico processualistico hanno qualificato il concordato come un provvedimento del giudice concesso all'imprenditore commerciale su richiesta del debitore e con l'approvazione dei creditori, che ricevono il soddisfacimento delle loro pretese obbligatorie chirografarie in percentuale¹¹.

Minoritario è apparso, invece, l'orientamento della giurisprudenza di merito, secondo cui il concordato fallimentare riveste natura giuridica di un contratto di diritto privato che interviene tra il debitore fallito ed i suoi creditori in relazione al quale la sentenza di omologazione svolge unicamente la funzione di *condicio iuris* dell'efficacia della stessa¹².

⁶ Roncoletta, *Del concordato*, in *Codice del fallimento*, a causa di P. Pajardi, quarta ed. p. 900

⁷ Cass. 19 gennaio 1984, n. 455, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 358; *Dir. fall.*, 1984, II, 448; *Fallimento e altre proced.*, 1984, 945; *Giur. comm.*, 1984, II, 725.

⁸ S. Satta, *Diritto fallimentare*, 391.

⁹ De Martini, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano 1956, 21

¹⁰ Cottino, *Diritto commerciale*, Padova 1978, 609

¹¹ Provinciali, *Fallimento*, nov. Dig. It., Torino 1960, VI, 1124, D'Ippolito, *Circa la prassi di far pervenire il voto nel concordato fallimentare al curatore*, Corte Bari, Lecce, Potenza 1968, 203.

¹² Tribunale Massa 3 dicembre 1984, in *Fallimento*, 1985, 753

A questi orientamenti si è tuttavia replicato che non renderebbe corretto ridurre il concordato ad uno schema preconstituito di tipo esclusivamente privatistico – negoziale o pubblicistico – processuale posto che se da un lato appare insuperabile il rilievo che l’attuazione del procedimento dipende pur sempre da un’iniziativa che è esclusiva del debitore, dall’altro vi è sempre bisogno dell’intervento del Giudice che si sovrappone alla deliberazione favorevole dei creditori e che può incidere negativamente con la sentenza di rigetto dell’omologazione¹³. Con la legge di riforma, che per consenso unanime ha contrattualizzato l’insolvenza, non vi è dubbio che il concordato fallimentare abbia assunto un’impronta marcatamente privatistica, considerando l’estensione della legittimazione attiva, la libertà di contenuto della proposta, l’applicazione piena del principio maggioritario nel sistema di votazione e la sottrazione di poteri valutativi del giudice delegato, divenuto mero controllore della legalità.

Tuttavia è vero pure che vi è sempre necessario un provvedimento del Giudice e, nel caso di dissenso di alcune classi di creditori, vi è ancora un recupero di potere del tribunale sulla valutazione della proposta.

Appare allora ancora valida quella tesi che rifiuta di catalogare l’istituto in modo unitario ed inscindibile, preferendo, invece, una interpretazione che tenga conto di ciascuna norma privatistica e pubblicistica, in funzione della *ratio* che caratterizza le specifiche situazioni sostanziali e processuali da regolare¹⁴.

Passando ad analizzare la nuova impronta normativa, la prima novità è contenuta nel 1° comma dell’art. 124 l.f., che estende la legittimazione alla proposta di concordato ad uno o più creditori o ad un terzo.

La norma infatti stabilisce che “la proposta di concordato può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo, anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo, purché i dati contabili e le altre notizie disponibili consentano al curatore di predisporre un elenco provvisorio dei creditori del fallito da sottoporre all’approvazione del giudice delegato”¹⁵.

Tale facoltà, a dire il vero, era già prevista dall’art. 831 del cod. comm. Che prevedeva la legittimazione di presentare la domanda di concordato

¹³ G. Lo Cascio, *Il Concordato preventivo*, Milano 1997, 152; dello stesso autore, *Il Fallimento e le alte procedure concorsuali*, Milano, 1998,498

¹⁴ G. Lo Cascio, *Concordato fallimentare con assunzione: modifiche dello schema normativo degli effetti*, nota a Cass. 29 aprile 1992 n. 5147, Giust. Civ. 1992,I, 1709.

¹⁵ La possibilità per il terzo di presentare la domanda di concordato fallimentare comporta necessariamente un mutamento radicale della natura dell’istituto il quale prima aveva come proprio fulcro l persona del fallito ed oggi ha come proprio scopo il risanamento dell’azienda: sicchè, è stato affermato, che ben si comprende la ragione per la quale un tempo era quasi unanime la tesi che il debitore fosse l’unico legittimato attivo a proporre il concordato fallimentare. G. Jachia, *Del concordato fallimentare e della chiusura della procedura*, in *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, a cura di Fabrizio Di Marzio, Torino, 2006, 756.

anche al curatore, alla delegazione dei creditori ed a tanti creditori tali da rappresentare almeno un quarto del passivo¹⁶.

Invece, sotto la vigenza del vecchio art. 124 l.f., nonostante la lettera della norma, vi era chi riteneva che anche un terzo poteva presentare domanda di concordato, anche senza l'accordo con il fallito, in quanto nel diritto civile è consentito al terzo di pagare il debito altrui ex art. 1180 codice civile, anche senza il consenso e persino contro la volontà del debitore, o di assumere il debito ex art. 1272 codice civile¹⁷.

Va tuttavia evidenziato che tale possibilità non è stata prevista nella legge delega e dunque vi sarebbero dei dubbi circa la costituzionalità per eccesso di delega della norma nella parte in cui amplia i soggetti legittimati a presentare la domanda di concordato.

Solo dopo il decorso di sei mesi dalla dichiarazione di fallimento e purché non siano decorsi due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo, la proposta può essere presentata anche dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo.

Risulta dunque penalizzato il debitore, il quale oltre a non poter presentare la proposta prima dei sei mesi dalla dichiarazione di fallimento, rischia che siano gli stessi creditori o un terzo a soffiarli la possibilità di una presentazione successiva.

Si è sostenuto che i due termini, iniziale e finale, vogliano da un lato incentivare l'imprenditore a presentare una domanda di concordato preventivo, dall'altro evitare che si ritardi la liquidazione concorsuale con proposte dilatorie e pretestuose.

Nel caso in cui sia una società a proporre il concordato, il novellato art. 152 l.f. stabilisce che per le società di capitali, se non è diversamente previsto dallo statuto, sono gli stessi amministratori a deliberarne la proposta e le relative condizioni, diversamente da quanto stabilito dalla disciplina anteriore, dove il potere di proposta era attribuito all'assemblea straordinaria, salvo delega agli amministratori.

Riguardo al contenuto della proposta, il secondo comma dell'art. 124 l.f., in linea con quanto già previsto nel concordato preventivo, in aderenza al principio più volte richiamato della massimizzazione dell'autonomia privata, prevede che esso possa avere ad oggetto la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi

¹⁶ Anche il progetto di riforma della legge fallimentare redatto dalla commissione Pajardi prevedeva la possibilità che la proposta di concordato potesse essere presentata anche dal curatore, dai creditori e dai terzi.

¹⁷ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2002, p. 558; *contra* A. Bonsignori.

forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito. La norma, inoltre consente la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei e trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, indicando le ragioni dei trattamenti differenziati dei medesimi¹⁸.

Altra novità che caratterizza il nuovo concordato fallimentare consiste nel fatto che il terzo può limitare gli impegni assunti con il concordato ai soli creditori ammessi al passivo, e a quelli che hanno proposto opposizione allo stato passivo o domanda di ammissione tardiva¹⁹. Per gli

¹⁸ La posizione giuridica non può che riguardare i creditori privilegiati mentre, gli interessi economici omogenei potrebbero interessare sia i creditori privilegiati che i creditori chirografari i quali, entrambi, possono avere interessi comuni, indipendentemente della natura (privilegiata o chirografaria) del loro credito. (G. M. Perugini, *La collocazione ed il soddisfacimento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Fallimento on line*). “La suddivisione dei creditori dovrebbe avvenire per classi e gruppi. Le classi dovrebbero essere espressione dei creditori che abbiano una medesima posizione giuridica, come i lavoratori dipendenti che sono assistiti dal privilegio, oppure i creditori chirografari. Nell’ambito di questi ultimi dovrebbero, poi, essere distinti i gruppi dei creditori secondo il loro interesse economico omogeneo, come quelli finanziari, i fornitori, i creditori di rilevante dimensione o di dimensione più piccola, i creditori che vantano ingenti crediti e i creditori che abbiano crediti modesti, ecc”. (G. Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 581, 2006). Nel concordato fallimentare non ci dovrebbero essere problemi ad ammettere la suddivisione in classi dei creditori privilegiati essendo previsto il loro soddisfacimento anche in percentuale, purchè non si alteri l’ordine delle cause legittime di prelazione.

¹⁹ Dottrina e giurisprudenza prevalente, sotto la previdente disciplina, in tema di concordato fallimentare con assuntore, già ritenevano che l’assuntore del concordato potesse rispondere solo limitatamente ai crediti ammessi al passivo, purché vi fosse una specifica clausola. (Cass. 26 aprile 1983, n. 2850). Si riteneva, e ritiene per i concordati che si proporranno in applicazione della ormai vecchia legge fallimentare, che l’assuntore del concordato fallimentare, se la proposta di concordato omologata non contenga alcuna clausola specifica per quanto concerne i creditori non insinuati, è tenuto al pagamento della percentuale concordataria anche a favore dei creditori anteriori all’apertura del fallimento che non abbiano presentato domanda di ammissione al passivo. Tuttavia è valida ed efficace la clausola di concordato omologato con la quale l’assuntore limiti espressamente i propri obblighi al pagamento dei creditori già ammessi al passivo fallimentare, con esclusione di quelli non insinuati. Solo in sede di opposizione alla proposta di concordato può essere contestata, dal creditore non insinuato quale interessato, ai sensi dell’art. 129, legge fallimentare, la liceità di una clausola della proposta che leda i suoi diritti alla par condicio creditorum: ma passata in giudicato la sentenza di omologazione che tale clausola contenga, questa rimane pienamente operativa ed efficace anche nei confronti del creditore non insinuato. (Cass. 23 dicembre 1992 n. 13626, in *Il fallimento*, 1993, 708; Cass. 14 luglio 1965, n. 1491, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 42; *Dir. fall.*, 1965, II, 538 e 697 con nota di I. Schettini; *Foro it.*, 1966, I, 122). Si è anche sostenuto che è da ritenersi conveniente la proposta di con-

altri creditori continuerà a rispondere il fallito, fermo quanto disposto dagli articoli 142 e seguenti in caso di esdebitazione.²⁰ Altra importante novità di rilievo è rappresentata dalla possibilità di prevedere nella proposta il pagamento non integrale dei creditori muniti di diritto di prelazione, pegno ed ipoteca, a patto che il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di vendita, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile al cespite o al credito oggetto della garanzia indicato nella relazione giurata di un esperto o di un revisore contabile o di una società di revisione designati dal tribunale. Sempre che il trattamento stabilito per ciascuna classe non alteri l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Tale possibilità, sicuramente apprezzabile e conforme allo spirito della riforma volto a valorizzare l'accordo delle parti, e che sicuramente renderà il

cordato fallimentare che preveda la clausola di esclusione della responsabilità dell'assuntore verso i creditori non insinuati nel fallimento, solo a condizione che la cessione delle attività fallimentari all'assuntore sia soltanto parziale, di guisa che nel patrimonio dell'impresa fallita rimangano alcuni beni che possano costituire valida garanzia - ex art. 2740, Codice civile - per gli eventuali creditori non insinuati. (Tribunale Roma 12 gennaio 1982, in *Fallimento*, 1983, 443; *Fallimento e altre proced.*, 1983, 443).

²⁰ **Art. 142. Esdebitazione.** Il fallito persona fisica è ammesso al beneficio della liberazione dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti a condizione che:

- 1) abbia cooperato con gli organi della procedura, fornendo tutte le informazioni e la documentazione utile all'accertamento del passivo e adoperandosi per il proficuo svolgimento delle operazioni;
- 2) non abbia in alcun modo ritardato o contribuito a ritardare lo svolgimento della procedura;
- 3) non abbia violato le disposizioni di cui all'articolo 48;
- 4) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei dieci anni precedenti la richiesta;
- 5) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;
- 6) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, e altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per tali reati sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati, il tribunale sospende il procedimento fino all'esito di quello penale.

L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali.

Restano esclusi dall'esdebitazione:

- a) gli obblighi di mantenimento e alimentari e comunque le obbligazioni derivanti da rapporti non compresi nel fallimento ai sensi dell'articolo 46;
- b) i debiti per il risarcimento dei danni da fatto illecito extracontrattuale nonché le sanzioni penali ed amministrative di carattere pecuniario che non siano accessorie a debiti estinti.

Sono salvi i diritti vantati dai creditori nei confronti di coobbligati, dei fideiussori del debitore e degli obbligati in via di regresso.

concordato fallimentare più appetibile di quello preventivo, per il quale ancora vige il divieto di pagare i creditori privilegiati in misura ridotta²¹, è tuttavia in evidente contrasto con la legge delega che autorizzava ad attribuire il diritto di voto al privilegiato solo quando questi volontariamente rinunci al privilegio, sottraendo alle disponibilità delle parti, al di fuori dell'ipotesi predetta, la previsione di un pagamento non integrale del privile-

²¹ Non è del tutto risolta la questione riguardante il pagamento dei creditori privilegiati nel concordato preventivo in quanto, in osservanza del tenore letterale della norma, l'esclusione dal diritto di voto dei creditori privilegiati di cui all'art. 177, terzo comma legge fallimentare farebbe propendere per il divieto di un eventuale pagamento in percentuale degli stessi, salvo che questi non rinuncino spontaneamente al privilegio. Tra le pronunce della giurisprudenza di merito cfr. Tribunale Torino, 17 novembre 2005, in questa *Rivista*, 2005, 691 e ss.; tribunale Sulmona, 6 giugno 2005, in questa *Rivista*, 2005, 800 e ss. In una recente sentenza del tribunale di Palermo il collegio hanno fornito una interpretazione che diremo "di conciliazione" tra coloro che propendono per l'interpretazione letterale dell'art. 177 terzo comma e coloro che invece tendono verso un'applicazione privatistica della norma finalizzata alla soluzione pattizia della crisi. In particolare nella parte motiva si è evidenziato che "l'opinione largamente maggioritaria si fonda essenzialmente su due argomenti, l'uno di carattere generale-sistematico, l'altro letterale: a) le norme in materia di concordato preventivo non contengono alcuna deroga alle norme previste dalla legge in materia di cause di prelazione dei crediti, cosicché in assenza di una rinuncia espressa dei creditori prelatizi a tali norme non è possibile derogare; b) l'art. 177, terzo comma, legge fallimentare esclude dal voto i creditori prelatizi che non rinunciano al loro diritto, cosicché non potendo questi esercitare il diritto di voto le loro ragioni di credito non possono essere soggette a falcidia e devono necessariamente essere soddisfatti per intero". Tuttavia volendo "conformarsi maggiormente alla *ratio legis*, volta chiaramente a favorire la soluzione negoziale della crisi dell'impresa attribuendo un rilievo preminente alla volontà delle parti rispetto all'intervento del giudice (come testimoniato dalla scomparsa di ogni controllo di meritevolezza e convenienza ai fini dell'ammissione alla procedura concordataria), è necessario propendere per un'altra interpretazione della norma che tenga in considerazione il fatto che il consenso dei creditori deve essere acquisito nel corso della procedura e non preventivamente". Dunque qualora "il debitore proponga un concordato che preveda un pagamento percentuale dei creditori aventi diritti di prelazione, la domanda non sarà dunque inammissibile *ab origine* per difetto della di integrale soddisfacimento di questi ultimi, ma sarà comunque necessario che essi manifestino, prima dell'esercizio del diritto di voto, la loro intenzione di rinunciare o meno (totalmente parzialmente) al diritto di prelazione. Se rinunciano, saranno regolarmente considerati nell'ambito dei creditori ammessi al voto di quella determinata classe nella quale sono stati inseriti; qualora, invece, non rinunciano, non potranno più far parte di quella determinata classe nella quale sono stati originariamente inseriti dal debitore e dovranno essere soddisfatti integralmente. Ovviamente, tale ultima circostanza (la necessità di dovere pagare integralmente i creditori prelatizi non rinuncianti diversamente da quanto originariamente previsto nel piano) dovrà essere valutata dal Collegio in sede di omologazione, incidendo all'evidenza sulla concreta fattibilità del piano per come la stessa si è venuta configurando in epoca successiva alla sua proposizione". L'impostazione proposta – prosegue il collegio – "mira a favorire, nel solco della volontà del legislatore, le proposte concordatarie rimettendo alla valutazione dei creditori ogni giudizio di convenienza sulla proposta medesima, giudizio che passa anche per la rinuncia ad eventuali diritti di prelazione (e che in concreto può

giato. La legge delegata anche in questa parte della norma avrebbe agito fuori dalla delega e quindi a rischio di una pronuncia di illegittimità costituzionale per eccesso di delega. Questa nuova possibilità per il fallito di accordarsi anche con i privilegiati ha reso necessario intervenire sulla regolamentazione del diritto di voto prevedendo all'art. 127 l.f. comma 4, che in caso di soddisfazione non integrale dei creditori muniti di diritto di prelazione questi acquistano il diritto di votare la proposta in quanto vengono considerati chirografari per la parte residua del credito.

L'APPROVAZIONE DEL CONCORDATO E IL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE

Acquisiti i pareri del comitato dei creditori e quello necessariamente favorevole del curatore, e del tribunale, qualora la proposta contenga condizioni differenziate per singole classi di creditori, il giudice delegato ordina che la proposta venga comunicata ai creditori, specificando dove possono

essere condizionato da molteplici fattori: il grado del diritto di prelazione cui si avrebbe diritto rispetto alla effettiva capienza del patrimonio del debitore, i tempi di soddisfacimento del diritto in misura integrale ecc.)". (Tribunale di Palermo, C. P. 4/05, Decreto del 17/02/2006, Pres. V. I. Marino, Rel. G. M. Nonno).

In dottrina si è sostenuto che potrebbero applicarsi al concordato preventivo le norme dettate per il concordato fallimentare, ma a parere di chi scrive, proprio in aderenza al senso letterale delle parole, nella loro formulazione tecnico – giuridica così come evidenziato dal tribunale di Torino, si deve escludere una siffatta estensione analogica, peraltro non giustificata non essendoci lacune del sistema. (L. Panzani, *La riforma delle procedure concorsuali, il secondo atto*, in *Quotidiano giuridico*). Si è altresì sostenuto che la falcidia per volontà del debitore del credito privilegiato comporterebbe la lesione del principio costituzionale (piuttosto che degli artt. 3 e 2435) dell'art 42, terzo comma Cost., consistendo in un'evidente espropriazione del diritto di credito, senza alcun indennizzo. (A. Patti, *Presupposti e sindacato del giudice nel nuovo concordato preventivo*, [http://www. Tribunale dimonza. net/convegno2005/Monza%20Patti%20-](http://www.Tribunaledimonza.net/convegno2005/Monza%20Patti%20-))

Altra attenta dottrina ha ritenuto, invece, che non esiste alcuna norma che esclude la possibilità di pagare in misura ridotta i creditori privilegiati e che il legislatore della riforma della legge concorsuale ha in più occasioni apportato modifiche al sistema di soddisfazione dei creditori privilegiati come nell'amministrazione straordinaria, nel concordato fiscale ex art. 182 *ter* l.f. Se così non fosse la suddivisione dei creditori in classi avrebbe una portata assai limitata, dal momento che andrebbe a riguardare solamente i creditori chirografari che molto spesso ottengono percentuali di soddisfacimento, in sede di concorso, alquanto ridotte. (C. Ferri, *I crediti privilegiati nella disciplina del nuovo concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 695, 2006; L. Mandrioli, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in questa *Rivista*, 1337, 2005). È stato comunque sottolineato che la validità del meccanismo delle classi avrebbe certamente richiesto una revisione del sistema normativo delle prelazioni e della loro graduazione. (G. Lo Cascio, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 581, 2006). Tale revisione non vi è stata e dunque la suddivisione in classi non può che riguardare i creditori chirografari.

essere reperiti i dati per la sua valutazione. Nel medesimo provvedimento il giudice delegato fissa un termine non inferiore a venti giorni né superiore a trenta, entro il quale i creditori devono far pervenire nella cancelleria del tribunale eventuali dichiarazioni di dissenso.

Non è dunque più consentito al giudice delegato di valutare la convenienza economica della proposta e, quindi, di bloccarla prima ancora che giunga all'esame dei creditori.

Il concordato fallimentare, alla stessa stregua del concordato preventivo, è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto, mentre non rileva più alcuna maggioranza "per teste"²².

Nel caso in cui siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle classi medesime.

A differenza di quanto già previsto dall'art. 160 l.f. per il concordato preventivo nel concordato fallimentare i trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, devono essere motivati.

Come del resto già previsto nel concordato preventivo, vi è un recupero del potere di controllo del tribunale nel caso in cui vi sia il dissenso di una o più classi, infatti in tali ipotesi può disporre l'omologa qualora la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili²³.

Di conseguenza se si vuole evitare questo recupero di potere del tribunale è consigliabile ridurre le classi di creditori.

In ossequio ai principi e criteri dettati dalla legge delega anche la disciplina dell'omologa del concordato è stata radicalmente modificata, prevedendo due distinti procedimenti: uno di omologa e l'altro di approvazione.

²² Il vecchio art. 128 comma 1 l.f. richiedeva per l'approvazione del concordato la maggioranza numerica dei creditori aventi diritto al voto che rappresenti almeno i due terzi della somma dei loro crediti.

²³ Si recepisce anche nel concordato fallimentare come in quello preventivo la cd. regola del *cram down*, principio appartenente alla legislazione statunitense, e consistente nella possibilità per il tribunale di approvare il concordato nonostante il dissenso di altre classi di creditori se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili.

Il primo si applica in caso di mancata opposizione nel termine fissato dal giudice delegato e di approvazione di tutte le classi in cui siano suddivisi i creditori. In tale ipotesi il tribunale si limita a verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione ed emette decreto motivato non soggetto a gravame.

Il secondo, invece, si applica quando siano proposte opposizioni da parte dei creditori ovvero la proposta sia stata approvata soltanto dalla maggioranza delle classi. In tali casi il tribunale provvede con decreto motivato, qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano essere soddisfatti nel concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

La proposta di concordato diventa efficace dal momento in cui sono decorsi i termini per l'opposizione all'omologazione, o dal momento in cui si esauriscono le impugnazioni previste dall'art. 129 l.f.

Contro il decreto che omologa la proposta di concordato può essere proposto reclamo dinanzi al corte di appello, che in pronuncia in camera di consiglio.

Il decreto pronunciato dalla corte di appello può essere impugnato dinanzi alla corte di cassazione nel termine di trenta giorni dalla data in cui è stato comunicato al debitore.

EFFETTI DEL CONCORDATO FALLIMENTARE

Quanto agli effetti, come previsto già dalla vecchia disciplina, salvo la clausola limitativa inserita nella proposta presentata dal terzo, l'art. 135 l.f.²⁴ stabilisce che il concordato è reso obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla apertura del fallimento, compresi quelli che non hanno presentato domanda di ammissione al passivo, nei confronti dei quali però non si estendono le garanzie date nel concordato da terzi²⁵.

Sono invece esclusi dagli effetti i coobbligati, i fideiussori del fallito e gli obbligati in via di regresso nei confronti dei quali i creditori conservano la loro azione per l'intero credito.

²⁴ Il concordato preclude ai creditori di realizzare, dopo la cessazione del fallimento, la parte insoddisfatta dei loro crediti perché la riduzione è definitiva, salvo il caso di riapertura del fallimento a seguito di risoluzione od annullamento del concordato (Cass. 214/1969). Il precetto di pagamento notificato in forza di titoli di credito anteriori è inefficace (Trib. Velletri 4 novembre 1983)

²⁵ Cass., Sez. Unite, 26 luglio 1990, n. 7562.

Tuttavia i creditori non possono più agire contro il fallito per la parte non soddisfatta del loro credito, permanendo invece per il residuo, una obbligazione naturale a carico del fallito.

ESECUZIONE, RISOLUZIONE E ANNULLAMENTO DEL CONCORDATO

Dopo l'omologazione del concordato gli organi della procedura non decadono dalla loro funzione, ma restano in carica per sorvegliare l'adempimento del concordato secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione.

Ai sensi dell'art. 137 l.f. il concordato può essere risolto se le garanzie promesse non vengono costituite in conformità del concordato o se il proponente non adempie regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dal decreto di omologazione.

Il ricorso, avanzato d'ufficio o da uno o più creditori per la risoluzione del concordato, deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Il concordato è, invece, annullabile ai sensi dell'art. 138 l.f., su istanza del curatore o di qualunque creditore, in contraddittorio del debitore, quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.

Il ricorso per l'annullamento deve proporsi nel termine di sei mesi dalla scoperta del dolo e, in ogni caso, non oltre due anni dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto nel concordato.

Il decreto - e non più la sentenza - che risolve o annulla il concordato riapre la procedura di fallimento ed è provvisoriamente esecutivo. Esso è comunque reclamabile ai sensi dell'articolo 131.

ALCUNE CONSIDERAZIONI IN MATERIA DI OBBLIGO DI INFORMAZIONE E CONFLITTO DI INTERESSI NEI CONTRATTI BANCARI

di Sergio Meo, avvocato in Napoli

Nell'ambito della nutrita casistica in tema di controversie tra clienti di banche vittime di ingiustizie e raggiri, si segnala la recente sentenza n. 8530 del 21.7.2006 del Tribunale di Napoli, IV sez. civile dott. Cataldi, tra Monte dei Paschi di Siena S.p.A. contro Bembo Giovanni, che ha sancito la nullità del contratto bancario denominato "My Way" sottoscritto dall'investitore, rilevando un conflitto di interesse tra la banca medesima ed il proprio cliente. Precisamente, nel maggio del 2000 la Banca 121 S.p.A. proponeva ad un proprio cliente, una persona disabile di 47 anni, quindi un soggetto di sicura "non elevata" propensione al rischio, un prodotto finanziario che gli avrebbe garantito alla scadenza (un trentennio), oltre all'intero rimborso del capitale erogato, a mezzo di un piano d'accumulo mensile (così venne presentato il contratto dal dipendente della banca), un tasso di interesse abbondantemente superiore a quello dei titoli di Stato o obbligazionari. Attirato da quanto prospettato dalla banca, il cliente sottoscriveva una serie di documenti interamente prestampati, senza verificarne il contenuto, riponendo la propria fiducia nella professionalità del funzionario e della banca (con la quale operava da alcuni anni) e senza che gli fosse consegnata alcuna copia del contratto.

Successivamente il cliente della banca scopriva di aver sottoscritto un contratto vessatorio, in quanto non si trattava di un normale piano di accumulo destinato all'investimento, ma di un vero e proprio prestito, di cui peraltro il sottoscrittore non necessitava, vincolato all'acquisto di titoli negoziati o collocati dalla medesima banca (in pieno conflitto di interessi), da rimborsarsi con il pagamento di 360 rate mensili, al tasso di interesse del 6,08%, con l'accollo per l'investitore, in via esclusiva, di tutti i rischi dell'operazione. La banca, con detto contratto, senza alcun rischio (dato che i titoli erano posti a garanzia), lucrava le commissioni dapprima per il finanziamento concesso, poi per l'acquisto di prodotti, addirittura della stessa banca, ed ancora per il mantenimento di quei prodotti per il trentennio, ed infine per il conto corrente aperto.

La banca, ha violato, con i propri comportamenti illegittimi, la normativa ispirata alla tutela del risparmio, diretta ad assicurare la massima traspa-

renza e correttezza dei comportamenti dei soggetti abilitati, oltre che una sana e prudente gestione dei vari servizi finanziari. Si osserva infatti che, ai sensi dell'art. 21) del Decreto Legislativo 24 febbraio 1998 n. 58, c.d. TUF, grava sull'istituto di credito uno specifico obbligo di informazione circa le caratteristiche fondamentali del contratto, ispirato ai doveri di diligenza, correttezza e trasparenza, nell'interesse del cliente, dal quale discende l'obbligo per l'operatore finanziario di garantire la massima informazione nei confronti del risparmiatore.

Si tratta di precisi obblighi, ben più rilevanti di quello generico di correttezza ed informazione di cui agli articoli 1337-1375 c.c., gravanti su qualunque parte del rapporto negoziale.

La particolarità degli obblighi deriva anzitutto dalle caratteristiche del contratto in esame che presenta un elevato grado di rischio, ed espone pertanto il risparmiatore alla potenziale perdita della somma da lui mensilmente investita. Inoltre, l'aderente all'investimento è spesso un soggetto privo delle cognizioni tecniche necessarie per operare in un settore altamente specializzato, quale quello del mercato dei valori mobiliari. Per tal ragione è fondamentale il dovere della banca di fornire ogni utile informazione al risparmiatore, al momento della stipula, sulla tipologia contrattuale e sulle caratteristiche essenziali del contratto stesso.

Nella fattispecie in esame, l'investitore lamentava la violazione, da parte della banca, dei doveri di informazione e correttezza, stabiliti dal TUF per aver taciuto all'attore circostanze decisive nell'economia del contratto per non aver fatto riferimento, tra gli allegati, ai prospetti informativi dei fondi comuni di investimento mobiliare acquistati con il contratto per cui è causa.

Invero, nonostante che il contratto prevedesse, quale sua componente essenziale, l'acquisto dei predetti valori mobiliari, non sono state fornite all'utente le informazioni concernenti gli strumenti finanziari oggetto di acquisto ed in particolare quelle relative a: 1) la natura giuridica della società emittente le azioni in esame, il suo volume di affari, il suo capitale sociale, se esso fosse o meno interamente versato, ecc; 2) gli eventuali rapporti di collegamento e/o partecipazione societaria; 3) la redditività media dei titoli negoziati, mediante riferimento comparativo all'utile ricavato dalle precedenti collocazioni di detto titolo sul mercato.

Tali notizie avrebbero consentito al risparmiatore una piena consapevolezza degli strumenti finanziari che si accingeva ad acquistare ed invece, in mancanza, l'investitore è rimasto all'oscuro circa i valori mobiliari negoziati con la banca, avendoli acquistati senza averne prima conosciuto le principali caratteristiche.

Il Tribunale di Brindisi, con sentenza del 21.6.2005, ha analizzato il contratto “For You” della Banca 121 S.p.A., analogo al contratto “My Way”, emesso dal medesimo istituto di credito, ed ha rilevato *“Altro profilo di squilibrio del sinallagma contrattuale è poi rappresentato dal fatto che la banca fa acquistare dall’attore prodotti finanziari riconducibili alla banca stessa, lucrando un tasso di interesse certo e definito (nella specie, il 6,08% annuo). In tal modo, la banca si autofinanzia, riuscendo non soltanto a collocare sul mercato titoli di altrimenti difficile negoziazione - essendo gli stessi quotati non in Borsa, ma, a tutto voler concedere, in mercati non regolamentati – ma a collocare titoli propri (o comunque ad essa riconducibili), lucrando in tal modo su un’operazione rivolta a suo prevalente, se non esclusivo, favore. A fronte di un guadagno certo della banca (il tasso di interesse del 6,08% annuo convenzionalmente pattuito), all’attore sono invece attribuiti margini di redditività del tutto aleatori”*.

La posizione sfavorevole dell’investitore, il quale non riceve alcuna garanzia circa la redditività futura del proprio investimento, deriva dalla possibile gravi difficoltà di liquidare gli strumenti finanziari acquistati trattandosi di operazioni caratterizzate da una rischiosità molto elevata, con possibilità di perdite anche eccedenti l’esborso originario. Viceversa, la banca, con l’operazione in esame acquista un doppio vantaggio, rappresentato sia dal fatto che la stessa si autofinanzia (in quanto vengono acquistati prodotti ad essa stessa riconducibili), sia dal fatto che essa lucra anche un tasso di interesse da un’operazione, già di per sé, economicamente vantaggiosa.

Per tali motivi il Tribunale di Brindisi qualifica tale contratto atipico come *“contratto aleatorio unilaterale”* in quanto *“l’alea è tutta concentrata nella sfera giuridica del risparmiatore, che paga un saggio di interesse fisso senza una aspettativa (seppur in termini soltanto aleatori) di corrispondente vantaggio, nel mentre la banca si giova di tale saggio (nonché del primario beneficio dell’autofinanziamento) senza, di contro, obbligarsi – neppure in via ipotetica, secondo i dettami dell’alea - ad alcuna corrispondente prestazione nei confronti della controparte. È evidente, allora, lo squilibrio contrattuale derivante da tale genere di operazione. Dal che consegue anzitutto la nullità della clausola contrattuale (Sez. I, n. 6, quarta ipotesi) prevedente l’accettazione, da parte del consumatore, del rischio “di perdite anche eccedenti l’esborso originario”, per contrarietà alla previsione di cui all’art. 1469 bis 1° co. c.c. In secondo luogo, il prevedere il contratto in esame un’alea di tipo soltanto unilaterale non consente, ad avviso del Collegio, di ritenerlo meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.). Ciò in quanto l’ordinamento non può ammettere la validità di*

contratti atipici che, lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio, trasferisca piuttosto in capo ad una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto, attribuendo invece alla controparte profili certi quanto alla redditività futura del proprio investimento. L'insanabile squilibrio iniziale tra le prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale rende allora l'intero contratto in esame – e non soltanto le singole clausole sopra indicate – radicalmente nullo, non soltanto per contrasto con gli art. 21 e ss. TUF, ma anche per sua contrarietà alla previsione di cui all'art. 1322 c.c, non essendo detto negozio volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico”.

Sia nel caso esaminato dal Tribunale di Brindisi, sia nella fattispecie venuta all'esame del Tribunale di Napoli, non risulta che la Banca 121 S.p.A. abbia fornito ai propri investitori tutte le informazioni relative al conflitto di interessi, chiarendo al cliente in che senso e in quale modo potesse emergere tale situazione. La banca, violando gli obblighi di informazione diretti a soddisfare un'esigenza di riequilibrio delle posizioni delle parti, non ha illustrato al risparmiatore di essere spinta nell'acquisizione degli ordini, da un interesse diverso e anche in contrasto con quello dell'utente. Viceversa la Banca 121 S.p.A. avrebbe dovuto informare specificamente il proprio cliente che stava per acquistare, tramite un finanziamento, dei titoli nei confronti dei quali lo stesso istituto di credito vantava un interesse economico alla collocazione.

Nell'ottica dei contratti bancari e in genere dei contratti di massa il concetto di “informativa” ha il medesimo rilievo giuridico che, una volta, era assegnato a quello della “trattativa”. Così come la libertà di trattativa è stata ritenuta un concetto fondamentale nella formazione del consenso (al punto di prevedere una compiuta ed esauriente disciplina dei vizi del volere) così ora bisogna garantire la completa e specifica informazione del contraente, attraverso l'estensione dei doveri generali previsti nel codice e l'elaborazione ed estensione degli obblighi specifici previsti nella legislazione speciale. Se le modalità di contrattazione hanno portato a un depotenziamento della trattativa, il contratto diventa esso stesso strumento e veicolo di informazione e, in tale ottica, va valutata la sua liceità, arrivando a configurare una “contrattualizzazione” delle informazioni precontrattuali. Invero, l'art. 27 del Regolamento della Consob n° 11522 del 1998 dispone che nel caso in cui l'intermediario utilizzi dei formulari o moduli essi debbano recare “l'indicazione, graficamente evidenziata, che l'operazione è in conflitto di interessi”. Nel contratto in esame l'evidenziazione grafica del conflitto di interessi è mancata del tutto.

Pertanto, qualora la banca si sottragga al dovere di informare il cliente in ordine alla tipologia e affidabilità del titolo e, dunque, al livello di ade-

guatezza dell'operazione è possibile affermare che la banca medesima abbia tenuto un comportamento negligente e non corrispondente al “*need of protection*” degli investitori professionali (Tribunale di Genova, Sentenza 15 marzo 2005 n. 1230).

Appare quindi evidente il comportamento illecito della banca, in contrasto con il dettato dell'art. 21 I co. lett. c) d. lgs. 58/98 e dell'art. 27 Reg. Consob n. 11522/1998, per quanto riguarda la mancata segnalazione del conflitto di interessi. Invero, gli intermediari autorizzati non possono effettuare operazioni con o per conto della propria clientela, se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Nei casi in cui l'operazione è conclusa telefonicamente, l'assolvimento dei citati obblighi informativi e il rilascio della relativa autorizzazione da parte dell'investitore devono risultare da registrazione su nastro magnetico o su altro supporto equivalente. Se gli intermediari autorizzati, al fine dell'assolvimento degli obblighi di informativa, hanno utilizzato moduli o formulari prestampati, questi devono recare l'indicazione, graficamente evidenziata, che l'operazione è in conflitto di interessi.

Tuttavia nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Napoli, nella citata sentenza n. 8530 del 2006, est. Castaldi, si legge “... *deve concludersi nel senso che la Banca non ha (fornito la prova di aver) ottemperato al disposto dell'art. 27 del regolamento Consob che, attuando il principio fissato dall'art. 21 comma 1 lett. e) TUF, precisa che gli intermediari non possono “effettuare operazioni con o per conto della propria clientela se hanno direttamente o indirettamente un interesse in conflitto, anche derivante da rapporti di gruppo, dalla prestazione congiunta di più servizi o altri rapporti di affari propri o di società del gruppo, a meno che non abbiano preventivamente informato per iscritto l'investitore sulla natura e l'estensione del loro interesse nell'operazione e l'investitore non abbia acconsentito espressamente per iscritto all'effettuazione dell'operazione. Nessun dubbio, del resto, sussiste in merito al fatto che nel caso di specie gli investimenti collegati al piano My Way integrassero un conflitto di interessi per la Banca: sia, infatti, l'investimento nei titoli European Investment Bank, sia quello nelle quote di fondo Spazio Finanza Concentrato, per ammissione della stessa Banca implicavano un conflitto, per essere i primi negoziati in contropartita diretta con la Banca medesima, e per essere le seconde emesse da un soggetto (Spazio Finanza SGR S.p.A.) collegato alla Banca del Salento (poi Banca 121, poi Monte Paschi) da rapporti di gruppo.*”

Si tratta, allora, di determinare le conseguenze di tale inadempimento.

Sul punto la giurisprudenza non pare univoca. In alcune pronunce (Tribunale Venezia, 22 novembre 2004; Tribunale Firenze, 30 maggio 2004) si è ritenuto che la violazione comporta la nullità dell'ordine ed il conseguente obbligo della banca di restituire la somma di denaro investita dal cliente con gli interessi dalla data del versamento.

I sostenitori della tesi della nullità si basano, tra l'altro, sull'inidoneità del meccanismo codicistico dell'art. 1394 c.c. ad inquadrare compiutamente la fattispecie: tale norma, infatti, prenderebbe in considerazione il conflitto di interesse come risultato dell'azione e sarebbe volta a tutelare l'interesse del soggetto rappresentato attraverso il rimedio dell'annullabilità, mentre la disciplina dell'intermediazione finanziaria è posta a tutela della trasparenza dei mercati, quale principio di ordine pubblico.

Tale soluzione, tuttavia, non pare del tutto appagante. Va, infatti, qui ripetuto quanto questo Tribunale ha già in più occasioni osservato, secondo cui "non pare decisiva l'individuazione del carattere imperativo o meno delle norme violate, per trarne, come conseguenza, la sanzione della nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c.: evidentemente, la nullità o meno del contratto non può certo dipendere dalle modalità con cui lo stesso venga adempiuto. D'altro canto, laddove il TUF ha voluto prescrivere forme da rispettare a pena di nullità del contratto o la nullità di previsioni contrattuali contrarie a quelle stabilite dalla normativa, lo ha fatto espressamente, come negli art. 23 e 24".

Inoltre, pare più adeguato per intendere il fenomeno in oggetto il riferimento al disposto dell'art. 1395 c.c., che meglio vale a descrivere la posizione che l'intermediario viene ad assumere allorchè ad esempio collochi titoli presenti nel proprio portafoglio, di propria emissione o emessi da altri soggetti del medesimo gruppo: per simili casi, infatti, è già la norma codicistica a prefigurare a carico del rappresentante un dovere di informativa volto a conseguire una specifica autorizzazione, proprio secondo il medesimo schema fatto proprio dall'art. 27 del regolamento Consob.

Dunque, senza necessità di indagare sulle altre contestazioni mosse dal Bembo nei confronti della Banca, è sufficiente rilevare che quest'ultima non aveva informato il cliente circa l'esistenza del conflitto di interesse presente nelle operazioni poste in essere, per giungere all'accoglimento della domanda di annullamento del contratto inter partes".

*In conclusione, appare tanto apprezzabile quanto originale il riferimento effettuato dal Tribunale di Napoli all'annullabilità del contratto che il rappresentante conclude con se stesso, prevista dall'art. 1395 c.c.; in tale ipotesi opera una presunzione *iuris tantum* di conflitto d'interessi che può essere*

superata con la prova contraria da cui risulti o che il contratto era stato autorizzato dal rappresentato o che il pregiudizio non possa comunque sussistere in quanto il contenuto del contratto era stato determinato in modo da escluderlo. Inoltre, l'accertamento se sussista conflitto d'interessi tra rappresentante e rappresentato relativamente al contratto concluso dal rappresentante costituisce apprezzamento di fatto che, se congruamente e correttamente motivato, è incensurabile in sede di giudizio di cassazione (Cass.. 8 ottobre 1970 n. 1852).

I PRINCIPI GENERALI ELABORATI ED APPLICATI DALLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA AGLI APPALTI PUBBLICI

di Daniela Giuliani

Sommario: 1. Premessa, 2.1. La Corte di Giustizia ed i principi generali, 2.2. Il Principio di Parità di Trattamento, 2.3. Il Principio di Trasparenza, 2.4. Il Principio di Proporzionalità, 3. Il Principio di Mutuo Riconoscimento, 3.1. Parità di trattamento ed appalti pubblici, 3.2. La Redazione della *lex specialis*, 3.3. Requisiti di Partecipazione alle Gare, 3.4. Valutazione dell'Offerta, Aggiudicazione del Lavoro, 4. Il principio di trasparenza e gli appalti, 5. Il principio di proporzionalità e gli appalti, 6. Conclusioni, Bibliografia

1. PREMESSA

Il trattato istitutivo della Comunità, non contiene un riferimento specifico agli appalti pubblici ma molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. La disciplina specifica dettata dalle direttive sugli appalti-ora direttive nn. 17 e 18 del 2004 costituisce un'attuazione di varie disposizioni contenute nel Trattato relative non solo alla libertà di circolazione di capitali, merci, persone e lavoratori, dei diritti di stabilimento e divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità (artt.12, 28 e ss., 39 ss., 43 ss., 49 ss., 56 ss.) ma anche delle norme dettate dall'art. 81 e ss. per la tutela della concorrenza tra le imprese nell'ambito della Comunità.

Attraverso queste normative si vuole garantire alle imprese di avere le stesse opportunità sia nella partecipazione sia nella procedura di gara fino alla fase della stipula del relativo contratto.

Le norme sulla concorrenza sono dunque strumentali, servono a dare attuazione a due principi fondamentali del Trattato e cioè il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità con conseguente possibilità per le imprese di svolgere la loro prestazione al di fuori del proprio ambito territoriale; ma anche la libertà di stabilimento. Queste due libertà resterebbero virtuali ove fosse impedito all'impresa di agire al di fuori del proprio ambito territoriale per effetto della propria nazionalità. Libertà di stabilirsi e di prestare la propria attività significa non essere discriminati per motivi attinenti la propria nazionalità e la residenza originaria. La tutela della concorrenza

costituisce principio fondamentale del Trattato nella sua strumentalità alla tutela delle libertà fondamentali. In tema di appalti la concorrenza e nell'ambito di questa la trasparenza e la par condicio, viene tutelata obbligando l'amministrazione ad applicare una procedura caratterizzata dalla pubblicità e dall'obbligo di valutare in modo comparativo le offerte presentate. Queste affermazioni non sono altro che una applicazione dei principi generali di diritto elaborati dalla giurisprudenza comunitaria quali: parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento

Scopo del presente lavoro è verificare come i principi generali del diritto comunitario, elaborati dalla Corte di Giustizia, siano stati da essa applicati alla materia degli appalti pubblici dalla fase della redazione del bando di gara fino all'aggiudicazione dell'appalto.

2. LA CORTE DI GIUSTIZIA ED I PRINCIPI GENERALI

La Corte di Giustizia della Comunità Europea, nell'esercizio delle sue competenze ha enunciato una serie di principi generali, o ispirandosi agli ordinamenti giuridici degli Stati membri o desumendoli per via interpretativa dal Trattato istitutivo della Comunità. Un esplicito richiamo ai principi generali è contenuto nel Trattato istitutivo della CE in materia di responsabilità extracontrattuale. L'articolo 288 del TCE infatti prevede l'obbligo della Comunità di risarcire i danni provocati dalle istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri. Questi principi, sono stati successivamente applicati, soprattutto, in ambiti diversi da quello considerato inizialmente nel trattato. Ruolo centrale nella loro elaborazione è stato ricoperto dalla Corte di Giustizia europea.

La Corte, ha spesso fatto ricorso a principi derivanti dagli ordinamenti nazionali, al fine di colmare le lacune dell'ordinamento comunitario, ma a loro volta gli ordinamenti degli Stati membri sono rimasti influenzati dall'elaborazione compiuta dalla Corte, in quanto questa non si limita a recepire le indicazioni comuni ma provvede ad una ricostruzione autonoma dei principi.

La terminologia utilizzata per indicarli è spesso varia, a volte si è fatto richiamo a principi generali, altre volte a principi o diritti fondamentali senza però stabilire il criterio distintivo. Una possibile differenziazione, prospettata dalla dottrina, potrebbe consistere nell'origine dei principi. Essi, pertanto, possono definirsi fondamentali solo se di derivazione costituzionale.

In realtà questo criterio distintivo è poco significativo, perché, ad esempio, lo stesso principio di proporzionalità che ha natura costituzionale nell'ordinamento tedesco non è definito dalla Corte di Giustizia come fonda-

mentale. Altre volte uno stesso principio è definito in alcune sue pronunce come fondamentale, in altre come generale.

Quindi dalla terminologia non omogenea della Corte non possono trarsi delle conseguenze sul valore dato al principio, invece la sua differente qualificazione potrebbe rispecchiare semplicemente una graduale evoluzione che questo ha avuto in ambito comunitario. L'imprecisione terminologica, secondo altri, potrebbe ricondursi al fatto che in questo modo la Corte si ritaglia spazi di discrezionalità entro cui creare regole materiali¹. Essa ha, infatti, progressivamente adattato il contenuto del principio di diritto utilizzato nelle sentenze, modellandone il significato e la sfera applicativa alle singole fattispecie.

I principi generali di diritto hanno trovato applicazione anche nella materia degli appalti pubblici svolgendo un ruolo fondamentale, tanto da indurre la Commissione ad una loro "catalogazione"². Tra quelli inseriti vi sono: il principio di divieto di discriminazione – parità di trattamento- che si ricollega alla tutela dei diritti fondamentali; i principi di trasparenza e di mutuo riconoscimento legati alla necessità di individuare le regole da applicare ai procedimenti amministrativi comunitari; il principio di proporzionalità riconducibile al principio di legalità.

Questi principi hanno carattere di effettività di modo che il loro contenuto è vincolante per le autorità (Giudice e/o Amministrazioni pubbliche) degli Stati membri.

2.1 IL PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO

Il principio di uguaglianza trova nel Trattato della Comunità Europea riconoscimento espresso e generale nella forma di divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità (Art. 12).

L'affermazione secondo la quale questo costituisce uno dei principi fondamentale del diritto comunitario³ è costantemente affermata dalla giurisprudenza comunitaria⁴, la quale è spesso chiamata a verificare la validità degli atti proprio attraverso il ricorso al principio in esame.

¹ A. Adinolfi – I Principi Generali nella Giurisprudenza Comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri, in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 1994, pp. 521 e ss.

² Comunicazione interpretativa della Commissione "sulle concessioni nel diritto comunitario" del 12 aprile 2000.

³ Conclusioni Avv. Generale Christina Stix-Hackl presentate l' 11 luglio 2002 causa C-57/01 Make Donino Metro/Stato Ellenico, punto 65.

⁴ Tra le molte: sentenza CGCE 8 ottobre 1980, causa C-810/79 in Racc. p.2747 Ubershaar punto 16; sentenza CGCE del 18 novembre 1999 C-275/98 Unitron Scandinavia; sentenza CGCE 7 dicembre 2000 C-324/98 Teleaustria; sentenza CGCE 27 febbraio 2003 C-373/00 Truley in Racc. 2003 p. I-193.

Poiché il sistema Comunitario per poter funzionare necessita di assenza di discriminazioni fondate sulla nazionalità la Corte ha spesso richiamato- in funzione dell'applicazione uniforme del diritto comunitario- il principio di uguaglianza.

Nella sua accezione più generale il principio impone di non trattare in modo diverso situazioni comparabili, né in modo identico situazioni differenti⁵.

Come affermato in modo costante: dal trattamento differente di situazioni non comparabili non consegue automaticamente l'esistenza di una discriminazione, in quanto a una discriminazione formale può corrispondere in fatto una assenza di discriminazione materiale.

La discriminazione materiale può consistere non solo nel trattare in modo diverso situazioni analoghe ma pure nel trattare in modo identico situazioni diverse⁶.

Il principio non vieta solo le discriminazioni palesi fondate sulla nazionalità ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga in effetti al medesimo risultato⁷.

Una disparità di trattamento è arbitraria anche nel caso in cui il diverso o uguale trattamento oggetto della controversia non sia giustificabile in base a criteri obiettivi⁸. Non si è in presenza di discriminazione vietata quando il trattamento è giustificato oggettivamente: in questa ipotesi è irrilevante che esista o meno una disparità di trattamento⁹.

Questo principio ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace ed ecco il motivo della sua applicazione agli appalti pubblici in quanto impone che tutte le imprese abbiano le stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori¹⁰.

2.2 IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA

Dalla prima metà degli anni 90 questo principio ha assunto un ruolo fondamentale sia per l'assetto istituzionale sia per i processi decisionali dell'Unione Europea. Inizialmente durante i negoziati che condussero al tratta-

⁵ Sentenza CGCE 7 luglio 1963, C-13/63 Commissione/ Italia.

⁶ Sentenza CGCE 12 dicembre 1974, C-36/74 Racc. p. 01405.

⁷ Sentenza CGCE 16 febbraio 1978, C-61/77 Commissione/Irlanda.

⁸ Tra le molte: Sentenza CGCE 15 settembre 1982 C106/81 Julius Kind; Sentenza CGCE 11 agosto 1995, C-80/94 in Racc. p. I-2493 punto 17; Sentenza CGCE 30 giugno 1998, C-39/96 Racc. p. I-4185.

⁹ Sentenza CGCE 8 giugno 1982, C-167/88 Racc. p. 1653 punto 23.

¹⁰ Sentenza CGCE 29 aprile 2004, C-496/99

to di Maastricht questo era rimasto marginale, venne previsto solo in una dichiarazione allegata all'atto finale¹¹, ma negli ultimi anni ha avuto una grande attenzione.

Venne infatti avvertita l'esigenza di accrescere il grado di trasparenza delle istituzioni comunitarie, ma è mancata una chiara e condivisa percezione di che cosa significasse esattamente e come questo risultato fosse perseguibile¹².

In dottrina si possono riscontrare una molteplicità di posizioni interpretative, alcuni, secondo una visione restrittiva, ritengono che la trasparenza sia da collegarsi solo alla questione dell'accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni comunitarie¹³.

Per altri deve invece intendersi come esigenza generale di comprensione della struttura e dei meccanismi decisionali dell'Unione Europea dai cittadini¹⁴.

Le incertezze sul suo contenuto sono da ricollegarsi alla stessa nozione di trasparenza che non è né precisa né chiara, ma che in quanto si adatta a contesti diversi è flessibile e mutevole.

La trasparenza secondo un'interpretazione prevalente¹⁵, pur non essendo un concetto giuridico preciso, è un valore sul quale organizzare istituti e principi giuridici positivi (...), che quel valore tendono a realizzare.

In ambito comunitario è prevalentemente ricostruito quale principio generale dell'ordinamento¹⁶.

2.3 PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

L'importanza del principio di proporzionalità è stata riscoperta recentemente, nonostante la sua esistenza fosse stata riconosciuta dalla dottrina già da molto tempo. La proporzionalità intesa come derivazione del principio di legalità si fonda sulla necessità di soddisfare l'interesse pubblico con la minore restrizione della libertà dei privati. La sua influenza si manifesta soprattutto nell'ambito dell'esercizio del potere amministrativo e consiste

¹¹ Dich. Nr. 17 sul Diritto di accesso all'informazione.

¹² A. Santini "Il principio di Trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea", Giuffrè Editore, 2004, p. 8.

¹³ Vedi Autori citati nella nota 22 p. 8 del "Il principio di Trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea", op. cit. di A. Santini.

¹⁴ Curtin, Betwixt and Betel: Democracy and Transparency in the Governance of the European Union, 1996, p. 95, come citato in nota 23 da Santini in "Il principio di Trasparenza nell'ordinamento dell'Unione Europea", cit.

¹⁵ Franchini (a cura di) "L'Amministrazione Pubblica Italiana, un profilo", Bologna, 1994, pp. 101 e ss.

¹⁶ Bariatti "Sguardo d'insieme sul trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997", in Dir. Pubbl. Comp. Eur. 1998, pp. 3 e ss.

nella necessità di adeguare i mezzi a disposizione alle finalità da perseguire per evitare che l'agire pubblico sia sovrabbondante rispetto lo scopo e sfoci nel mero arbitrio. In ambito nazionale le sue più rilevanti applicazioni si hanno nella materia della proprietà privata e del pubblico impiego.

In ambito comunitario i giudici della Corte di Giustizia hanno fatto più volte riferimento al principio in esame, utilizzandolo in senso ancora più estensivo. Da questi è stato messo in luce l'articolarsi del giudizio di proporzionalità in tre momenti: idoneità, necessità, adeguatezza. L'idoneità consiste nella valutazione della coerenza del mezzo utilizzato rispetto al fine che deve perseguirsi; l'adeguatezza è volta a determinare la quantità di potere da utilizzare nella dinamica degli interessi; la necessità impone di scegliere il mezzo meno invasivo rispetto gli interessi coinvolti. L'amministrazione, perciò, nell'ambito del suo processo decisionale deve valutare tutte le alternative e le conseguenze possibili e su di esse optare per la scelta che meno arreca pregiudizio agli interessi coinvolti. Il principio di proporzionalità è da collocare tra i principi generali del diritto comunitario¹⁷. Esso consente di verificare la legittimità di un atto che impone un obbligo, in base la sua idoneità o necessità, rispetto agli obiettivi da raggiungere.

La Corte ha più volte ribadito che: “ per stabilire se una disposizione di diritto comunitario sia conforme al principio di proporzionalità, è necessario verificare se i mezzi utilizzati siano necessari allo scopo perseguito¹⁸” e “se siano confacenti all'importanza dello stesso scopo¹⁹”.

Il principio può essere utilizzato per verificare se la sanzione prevista in caso di violazione di un obbligo comunitario non sia più grave di quanto necessario, oppure, per valutare che tra misure diverse nei confronti degli operatori sia adottata quella che impone oneri minori o meno restrittivi²⁰.

Spesso poi si risolve in un criterio di ragionevolezza per verificare la legittimità dell'esercizio della deroga concessa agli Stati membri dall'ordinamento comunitario per specifiche esigenze.

2.4 IL PRINCIPIO DI MUTUO RICONOSCIMENTO

Il principio di mutuo riconoscimento è stato affermato dalla Corte e progressivamente precisato in una vasta giurisprudenza in materia di libertà di circolazione di persone, di merci e di servizi.

¹⁷ Sentenza CGCE 11 luglio 1989, C-265/87 Schroder, punto 21.

¹⁸ Sentenza CGCE 29 gennaio 1998, C-161/96 racc. I- 00281.

¹⁹ Sentenza CGCE 23 febbraio 1983, C-66/82 racc. 00395.

²⁰ Sentenza CGCE 5 maggio 1998, C-157/96 e C-180/96, punti 96 e ss. e 60 e ss.

Il principio è affermato dalla giurisprudenza della Corte, in particolare nelle sentenze Vlassopoulou, del 7 maggio 1991 (causa C-340/89) e Denne-meyer, del 25 luglio 1991, causa C-76/9. Nella prima sentenza la Corte constata che “ i requisiti nazionali di qualificazione, anche se applicati senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, possono produrre l’effetto di frapporre ostacoli all’esercizio, da parte dei cittadini di altri Stati membri, del diritto di stabilimento loro garantito dall’art. 43 del Trattato. Tale potrebbe essere il caso in cui le norme nazionali considerate facessero astrazione dalle conoscenze e dalle qualifiche già acquisite dall’interessato in un altro Stato membro”. Nella sentenza Dennemeyer, la Corte precisa che “ uno Stato membro non può subordinare l’esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all’osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette appunto a garantire la libera prestazione dei servizi”.

Infine, nella Webb del 17 dicembre 1981 (causa 279/80), la Corte ha aggiunto che la libera prestazione di servizi richiede che “ lo Stato membro destinatario della prestazione (...) tenga conto della documentazione e delle garanzie già presentate dal prestatore di servizi per poter esercitare la propria attività nello Stato membro in cui è stabilito”.

In base al principio, uno Stato membro è tenuto ad accettare i prodotti e i servizi forniti dagli operatori economici di altri Paesi della Comunità, nella misura in cui essi rispondano in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato membro destinatario²¹.

3. PARITÀ DI TRATTAMENTO ED APPALTI PUBBLICI

Il principio di parità di trattamento coinvolge una questione di contenuto generale, poiché risulta estendibile a tutti gli appalti (di lavori, servizi, forniture) affidati con ogni metodo (procedure aperte, ristrette, negoziate) posti in essere da un’amministrazione aggiudicatrice secondo una definizione di origine comunitaria e ripresa in Italia da leggi di settore che si sono succedute negli anni, in attuazione delle direttive dell’Unione Europea.

La par condicio tra gli offerenti deve essere rispettata in tutte le fasi in cui si articola il procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico²².

La sua salvaguardia passa, in primo luogo, attraverso una corretta formulazione contenutistica del bando di gara, che, in quanto *lex specialis*, deve contenere tutte le indicazioni utili affinché i concorrenti abbiano le stesse pos-

²¹ Comunicazione interpretativa della Commissione “Sulle Concessioni nel Diritto Comunitario”, cit, p.19

²² Sentenza CGCE 12 dicembre 2002 C-470/99 *Universale –Bau* punto 93.

sibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione. Si tutela in questo modo sia l'interesse della amministrazione pubblica di ottenere l'offerta più conveniente attraverso la maggiore partecipazione delle imprese alla procedura di aggiudicazione, sia l'interesse delle ditte ad ottenere una parità di trattamento con l'applicazione delle prescrizioni contenute nella *lex specialis* in modo uniforme. In secondo luogo la sua salvaguardia passa attraverso la pubblicazione del bando di gara che non può contenere informazioni diverse e di portata divergente da quelle pubblicate in Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea. La doppia pubblicità è finalizzata ad assicurare una omogeneità delle notizie utili per le gare, a prescindere dal mezzo di conoscenza utilizzato e risponde al principio dell'esatta e completa informazione che sta alla base di quello della parità di trattamento.

Infine, va rispettato anche e soprattutto nella fase valutativa delle offerte presentate dai concorrenti, affinché la scelta avvenga sulla base dei requisiti richiesti e dei criteri di aggiudicazione preliminarmente indicati o nel bando di gara o nella lettera di invito.

3.1 LA REDAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA

Una amministrazione aggiudicatrice che intenda affidare un appalto pubblico deve procedere alla redazione della *lex specialis* di gara nel rispetto dei canoni di logicità ragionevolezza e proporzionalità in relazione al fine che la pubblica amministrazione vuole perseguire. Se esse sono libere di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata alle caratteristiche del settore interessato e di stabilire i requisiti che i candidati debbono soddisfare durante le varie fasi della procedura, come affermato dalla Corte di Giustizia²³, debbono altresì garantire che la scelta del candidato avvenga sulla base di criteri obiettivi e delle regole previste per lo svolgimento della procedura.

Ruolo centrale è ricoperto dal bando di gara e dalle indicazioni minime che lo compongono essendo queste ultime dal una lato "indefettibili non potendo essere disattese ai fini della legittimità della procedura, dall'altro suscettibili di integrazione con ulteriori elementi individuati dalla stazione appaltante"²⁴. Tra le indicazioni minime obbligatorie che vanno menzionate oltre le modalità ed i termini di presentazione delle offerte, dei requisiti per partecipare alla gara vanno inseriti i criteri di aggiudicazione utilizzati per la scelta dell'offerta²⁵.

²³ Sentenza CGCE 25 aprile 1996 C-87/94 Bus Wallons punto 54.

²⁴ A. Carosi, "Gli Appalti Pubblici di Servizi alla luce della Giurisprudenza Comunitaria e Nazionale" in Appalti, Urbanistica, Edilizia 2-2000, p. 67.

²⁵ Sentenza CGCE 12 dicembre 2002 C-470/99 Universale-Bau, AG punto 96.

Tutto è preordinato per evitare qualsiasi forma di inquinamento delle procedure di aggiudicazione conseguente a negoziazioni tra stazione appaltante e candidati che potrebbe alterare l'imparzialità di scelta della prima favorendo un'impresa partecipante.

La fissazione dei criteri di aggiudicazione nel bando costituisce una forma di autolimitazione dell'amministrazione volto a garantire l'amministrazione e l'interesse pubblico al regolare svolgimento delle gare, ma anche e soprattutto i concorrenti e le loro posizioni giuridiche.

La Corte di Giustizia ha più volte chiarito che ai fini, della selezione dei contraenti delle pubbliche amministrazioni, gli Stati membri non possono scegliere criteri diversi da quelli indicati dalle direttive²⁶; pertanto i criteri utilizzabili sono: o quello del prezzo più basso tra quelli offerti, oppure quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La scelta è rimessa ad una valutazione della pubblica amministrazione che non è da intendersi come libertà incondizionata di scelta²⁷, ma come discrezionale basata sulle specifiche caratteristiche del singolo appalto, della quale dovrà essere data adeguata motivazione.

Qualora si proceda ad aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa applicabile a tutti i tipi di procedura, si impone all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di menzionare nel capitolato di appalto o nel bando di gara tutti i criteri di valutazione di cui si prevede l'applicazione, che debbono essere collegati all'oggetto dell'appalto²⁸, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è a loro attribuita²⁹.

Quando l'amministrazione ha provveduto ad una classificazione in ordine di importanza dei criteri di valutazione di cui prevede l'applicazione, non può limitarsi ad una semplice menzione degli stessi nel bando di gara, ma deve comunicare agli offerenti la classificazione da essa accolta. La Corte infatti sottolinea che questo obbligo è volto a rendere noto a tutti i potenziali offerenti, prima ancora della formulazione delle loro offerte, i criteri di aggiudicazione che debbono essere soddisfatti dalle medesime, nonché la loro importanza relativa, garantendo così il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza³⁰.

²⁶ Sentenza CGCE 7 giugno 1992, C-360/89 Commissione/Italia, racc. punto I-340.

²⁷ Sentenza CGCE 24 novembre 2005, C-331/04 ATI EAC S.r.l. e Viaggi Di Maio s.n.c./ACTV Venezia S.p.A. punto 21; Sentenza CGCE 7 ottobre 2004 C-247/02, Sintesi SPAC/ Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

²⁸ Sentenza CGCE 17 settembre 2002, C-513/99 Concordia Bus Finland in racc. I-7213 punto 81.

²⁹ Sentenza CGCE 12 dicembre 2002, C-470/99 Universale-Bau, AG punto 97.

³⁰ Sentenza CGCE 12 dicembre 2002, C-470/99 Universale-Bau, AG punto 98; Sentenza CGCE 25 aprile 1996 C-87/94, Commissione/Belgio racc. I-2043 punto 88/89.

3.2 I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE ALLE GARE

Anche i requisiti richiesti ai fini della partecipazione, debbono essere indicati nel bando di gara in modo proporzionato e congruente alla natura del servizio da prestare.

E' un argomento questo su cui le pronunce giurisprudenziali evidenziano la commistione tra il principio della par condicio tra gli aspiranti ed i concorrenti e quello della proporzionalità tra i requisiti richiesti e le prestazioni contrattuali. Ad essi le stazioni appaltanti debbono riferirsi per la predisposizione delle specifiche da inserire nei bandi.

In questo paragrafo verrà evidenziato solo il primo aspetto, mentre il secondo costituirà oggetto di trattazione nel proseguo dello scritto.

Al principio di non discriminazione sono riconducibili una serie di pronunce della Corte di Giustizia che sanciscono il principio della libertà delle forme imprenditoriali, per cui i raggruppamenti di impresa possono presentare congiuntamente un'offerta senza alcun obbligo di assumere preventivamente una forma giuridica predeterminata³¹.

Il principio della libertà delle forme giuridiche è stato applicato dalla Corte con la sentenza *Ballast*³² in cui si è ammessa la partecipazione di una Holding ad una procedura di gara sulla base della disponibilità effettiva dei mezzi necessari per l'esecuzione di una prestazione. L'elemento fondamentale al fine di una valutazione dell'idoneità di un'impresa a partecipare alla gara è dunque il parametro della capacità in concreto.

Con un'ulteriore sentenza, *Holst Italia S.p.A.*³³ la Corte afferma che "un'impresa non possa essere esclusa dalla procedura solo perché opera non con mezzi propri, ma con mezzi che appartengono ad uno o più soggetti diversi da questa, indipendentemente dalla natura giuridica dei vincoli intrattenuti con tali soggetti, purché provi di poter disporre per tutta la durata dell'appalto dei mezzi che sono necessari per lo svolgimento della prestazione richiesta".

3.3 VALUTAZIONE DELL'OFFERTA

In questa fase, il principio si espande in tutta la sua ampiezza, poiché infatti i concorrenti non debbono trovarsi su un piano di parità di trattamento solo nel momento in cui preparano le offerte ma anche nel momento in cui esse sono valutate³⁴.

³¹ A. Carosi "Gli Appalti Pubblici di Servizi alla Luce della Giurisprudenza Comunitaria e Nazionale" p. 69 cit.

³² Sentenza GCCE 14 aprile 1994, C-389/92, *Ballast-Nedam Group NV*

³³ Sentenza GCCE 2 dicembre 1999, C-176/98, *Holst Italia S.p.A.*

³⁴ Sentenza GCCE 18 ottobre 2001, C-19/00.

La valutazione deve avvenire nel rispetto delle indicazioni contenute nel bando di gara con divieto di effettuare una selezione privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui esercitano la prestazione. Infatti il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità, tra i principi fondamentali del Trattato, costituisce una delle modalità con cui il principio di parità di trattamento si estrinseca, come più volte affermato dal Corte di Giustizia³⁵.

Principio indefettibile è la predeterminazione nel bando di gara dell'influenza ponderale di ciascun elemento e dei criteri per la valutazione, anche se di massima, dei punteggi nell'ambito di ciascuna categoria valutativa.

In relazione alla natura del bando è poi possibile la scomposizione delle categorie valutative in sottocategorie, nel rispetto del valore complessivo attribuito a ciascuno.

Ruolo fondamentale è svolto dalla Commissione aggiudicatrice, la quale deve attenersi per la valutazione delle offerte a quanto indicato nel bando di gara, ma, come affermato in una recente pronuncia comunitaria³⁶ è consentito fare una integrazione o specificazione dei requisiti dedotti nel bando purché sia necessaria ed opportuna. In particolare può attribuire un peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, effettuando una ripartizione tra questi ultimi del numero di punto previsti per il detto criterio dall'amministrazione aggiudicatrice al momento del bando purché la decisione:

1. non modifichi i criteri di aggiudicazione definiti nel capitolato d'oneri o nel bando di gara.
2. non contenga elementi che, se fossero noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione.
3. non sia stata adottata, tenendo conto di elementi che possono avere un effetto discriminatorio nei confronti di uno dei concorrenti.

Per il rispetto della par condicio è necessario inoltre che tutte le integrazioni fatte alla *lex specialis* siano portate a conoscenza di tutti coloro che partecipano alla gara, non essendo consentito che una amministrazione integri un bando solo nei confronti di uno dei partecipanti alla gara. Inoltre la specificazione o integrazione non è più consentita una volta che siano state aperte le buste che contengono le offerte dei concorrenti.

³⁵ Sentenza GCCE 18 novembre 1999, C-275/98, Unitron-Scandinavia; Sentenza GCCE 27 febbraio 2003 C-373/00 Truley in Racc. 2003, p. I-193.

³⁶ Sentenza CGCE 24 novembre 2005, C-331/04, punto 33.

La Commissione non ha il potere di emendare il bando in seguito alla apertura delle offerte anche se sono gli stessi criteri di aggiudicazione ad essere stati mal formulati, dovendo semmai rimettere gli atti alla stazione appaltante affinché provveda ad annullare l'intera gara, e a riformulare correttamente la *lex specialis*.

Tutto il procedimento come già osservato è incentrato sul principio, che vede un'assoluta assenza di dialogo tra pubblica amministrazione ed imprese. Questo però ha subito negli anni progressive erosioni grazie all'intervento della Corte di Giustizia nella consapevolezza che consentirlo invece cagiona per le amministrazioni un vantaggio senza il sacrificio della parità di trattamento.

Ciò è particolarmente evidente per l'argomento dell' "anomalia delle offerte".

La Corte nell'affrontare anche più recentemente la questione ha ribadito che, alla base della sua decisione, vi sono il rispetto dei principi di parità di trattamento, divieto di discriminazione sulla base della nazionalità, tutela della concorrenza, obbligo di trasparenza³⁷.

Essa ha affermato che quando un'offerta presentata da un concorrente abbia ad avviso dell'amministrazione aggiudicatrice un carattere anormalmente basso, prima di decidere dell'aggiudicazione dell'appalto, deve invitare l'offerente a fornire giustificazioni sulle offerte di prezzo oppure deve indicargli quale delle sue offerte abbia il carattere della anormalità, concedendogli un termine per la presentazione di precisazioni complementari³⁸.

Non è possibile che un'amministrazione aggiudicatrice respinga un'offerta, in quanto valutata- attraverso un calcolo matematico- anormalmente bassa, senza che il concorrente abbia potuto far valere attraverso l'instaurazione del contraddittorio tutte le precisazioni che ritiene appropriate, poiché lo scopo è quello di mettere al riparo il concorrente da una scelta arbitraria dell'amministrazione.

Questo assunto è del tutto incompatibile con il meccanismo dell'esclusione automatica tanto apprezzato dal legislatore italiano (almeno fino all'entrata in vigore del codice De Lise), il quale preclude ogni forma di preventivo contraddittorio con le imprese.

Il tema dell'"anomalia delle offerte" è disciplinato dall'art 21 co. 1 bis dalla L n. 109/1994 il quale prevede: un meccanismo di rilievo automatico

³⁷ Sentenza CGCE 27 novembre 2001 Proc. Riuniti C-285/99 e C-286/99, Impresa Lombardini S.p.A. ed Impresa Generali Costruzioni

³⁸ Sentenza CGCE 22 giugno 1989, C-103/88, Fratelli Costanzo / Comune di Milano.

della soglia di anomalia delle offerte da sottoporre a verifica, basato su un calcolo matematico il quale da un lato non consente ai concorrenti la preventiva conoscibilità della soglia; dall'altro fondandosi su un contraddittorio anticipato non fornisce possibilità alla impresa la cui offerta è sospettata di anomalia di far valere le sue ragioni dimostrando la serietà della propria offerta. Entrambi gli aspetti sono stati considerati dalla Corte di Giustizia chiamata a statuire sulla compatibilità della disciplina Italiana con il diritto comunitario.

Essa ha osservato che il criterio di determinazione delle offerte anomale in Italia, di tipo matematico fondato cioè sulla media delle offerte presentate nell'ambito di ogni singola gara è un criterio obiettivo e non discriminatorio in quanto non solo nessuna impresa è a conoscenza di detta soglia al momento di presentazione dell'offerta ma la suddetta soglia è sconosciuta anche all'amministrazione aggiudicatrice. Il problema che resta insoluto con l'applicazione del summenzionato metodo è il rischio che vengano presentate offerte non corrispondenti ad una volontà effettiva di contrattare, ma intese ad influenzare il risultato di calcolo

La concorrenza potrebbe venire falsata perché alcuni offerenti potrebbero presentare non l'offerta migliore, ma quella che ha le maggiori probabilità di essere la prima tra le offerte non sospette, alla quale viene aggiudicato l'appalto. Di questo rischio è consapevole la Corte la quale ritiene che possa essere eliminato considerando la suddetta soglia "matematica" come uno strumento non immutabile, finalizzato alla sola individuazione dell'offerta sospetta e non utilizzabile invece per una immediata esclusione dalla gara dell'impresa che l'ha formulata. Va altresì interpretata nel senso che essa non preclude alla amministrazione di sottoporre a verifica comunque altre offerte che pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia destano ugualmente sospetti.

L'amministrazione deve necessariamente applicare la procedura della verifica dell'anomalia in contraddittorio ma in un momento successivo all'apertura delle buste attraverso un sub-procedimento volto all'acquisizione delle giustificazioni presentate senza alcuna limitazione in ordine al loro contenuto che possono riguardare anche l'originalità del progetto.

Questa interpretazione è generata dalla necessità di garantire i principi contenuti nel trattato primo fra tutti quello del divieto di discriminazione attraverso la limitazione della discrezionalità della amministrazione e dall'altro quello di partecipazione del privato al procedimento amministrativo.

Il Ministero per le Politiche Comunitarie con la circolare in data 1 marzo 2002 n. 3945, preso atto della sentenza della Corte di Giustizia, si pre-

figge lo scopo di adeguare il comportamento delle amministrazioni pubbliche ai principi enunciati dalla Corte.

Il Ministero, riprendendone le osservazioni, dopo aver premesso che il metodo matematico di calcolo della soglia di anomalia previsto nell'articolo 21 comma 1 bis della l. 109/94, si configura come obiettivo e non discriminatorio purché funzionale alla sola individuazione e non anche all'esclusione dell'offerta sospettata di anomalia, giunge alla conclusione che il meccanismo di calcolo matematico non deve costituire un dato immutabile, ribadendo l'obbligatorietà del contraddittorio successivo e non più solo preventivo fondato cioè sulle sole dichiarazioni che accompagnano l'offerta.

In questo modo si consente al soggetto interessato, la cui offerta risulti essere, a seguito di valutazione matematica, anomala di poter dimostrare la serietà dell'offerta attraverso presentazione di documentazione non più tassativamente indicata.

In generale il principio di parità di trattamento impone di considerare vietate le pratiche che permettono di accertare delle offerte che sono state modificate successivamente alla loro apertura.

Aspetto di ulteriore interesse è quello relativo alla inosservanza di formalità prescritte nel bando di gara e della possibile regolarizzazione consentita degli errori formali contenuti nell'offerta. Due sono stati i filoni giurisprudenziali che si sono occupati della questione: uno legato ad una interpretazione più letterale del bando che fa conseguire ad ogni violazione una immediata esclusione dalla gara. L'altro invece, ritiene che l'esclusione debba essere ricollegata alla violazione di prescrizioni sostanziali che in quanto sostanziali non ammettono deroghe.

La giurisprudenza nazionale ha recentemente riaffermato il principio in base al quale l'errore formale contenuto nell'offerta può essere successivamente sanato³⁹ purché:

1. Sia sempre garantita la par condicio tra i concorrenti. Non si può procedere a sanatoria nel caso di inosservanza di adempimenti procedurali o dell'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara.
2. Il principio non venga utilizzato per supplire ad una carenza di documenti ritenuti essenziali per la partecipazione alla gara. Limite questo che va temperato dall'osservazione secondo cui l'integrazione è possibile nell'ipotesi in cui gli atti siano stati prodotti in modo tempestivo e siano già in possesso dell'amministrazione e costituiscano un ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione non espressamente o univocamente documentato.

³⁹ Consiglio di Stato sez. v, sentenza 6 marzo 2006, n. 1068.

3. Siano sanati solo errori di tipo formali riguardanti elementi non essenziali dell'offerta; la regolarizzazione trova dunque ingresso quando si tratta di porre rimedio ad equivoci generati dall'ambiguità delle clausole del bando o comunque presenti nella normativa applicabile alla fattispecie.

3.4 AGGIUDICAZIONE DEL LAVORO

L'intera procedura dell'evidenza pubblica deve essere sempre applicata per tutti gli appalti pubblici di rilevanza comunitaria essendo consentita una deroga solo sulla base di specifici presupposti indicati nelle singole disposizioni di settore, con onere della dimostrazione che grava su colui che intenda avvalersene⁴⁰. Le disposizioni che autorizzano la deroga devono peraltro essere interpretate restrittivamente essendo elevato il rischio di una violazione del principio di non discriminazione qualora un'amministrazione decida di non assoggettare un determinato appalto alla concorrenza⁴¹.

Per esempio il ricorso ad una trattativa negoziata per l'attribuzione di un appalto senza aver bandito una gara previamente pubblicata in Gazzetta Ufficiale della Comunità è ammissibile solo quando si sia dimostrato che a causa di ragioni tecniche o anche artistiche, ovvero per ragioni attinenti alla tutela dei diritti esclusivi una sola impresa sia effettivamente in grado eseguire l'appalto.

In ambito comunitario non sussiste nessun obbligo di esternalizzare gli appalti, nel senso di darne l'affidamento all'esterno attraverso la gara. In una recente sentenza⁴² la Corte ha affermato che "una amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai suoi compiti attraverso propri strumenti, senza la necessità di ricorrere ad entità esterne. Nel caso in cui si faccia ricorso all'utilizzo di propri strumenti non sussistono le condizioni per applicare le norme comunitarie in materia di appalti". In questo modo si è legittimato l' "in house providing" riconoscendo la libertà della stazione appaltante di scegliere i modelli organizzativi attraverso cui svolgere i servizi di propria competenza.

Sussistono inoltre altre situazioni in cui il ricorso alla concorrenza non è necessario. La Corte nella sentenza Teckal⁴³ esclude l'applicazione della normativa europea per gli appalti quando vi è assenza di un vero rapporto

⁴⁰ Sentenza CGCE 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e 28/01, Commissione / Repubblica Federale di Germania punto 58.

⁴¹ Sentenza CGCE 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e 28/01, Commissione / Repubblica Federale di Germania punti 58 e 63.

⁴² Sentenza CGCE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle.

⁴³ Sentenza CGCE 18 novembre 1999, C-107/98, in Foro Amm., 2001, 795.

contrattuale tra i due soggetti. Ciò si verifica quando una amministrazione eserciti sull'entità distinta un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che questo soggetto svolga la parte più rilevante della propria attività con l'autorità che la controlla. Trattandosi di una eccezione alle regole comunitarie queste due condizioni debbono formare oggetto di una interpretazione restrittiva e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze grava su colui che intenda avvalersene⁴⁴.

La partecipazione anche se minoritaria di una impresa privata al capitale di una società a cui partecipi l'amministrazione aggiudicatrice esclude la sussistenza del controllo analogo indispensabile per l'affidamento senza gara ed impedisce di considerare la società come una articolazione organizzativa dell'ente pubblico. Quindi è necessaria l'applicazione delle procedure di appalto previste dalle direttive.

L'attribuzione di un appalto ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza è, infatti, contrastante non solo con l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ma anche con il principio di parità di trattamento degli interessati, poiché una procedura di questo tipo offrirebbe ad una impresa privata presente nel capitale della società partecipata dall'amministrazione pubblica un vantaggio rispetto ai concorrenti⁴⁵.

Più recentemente, interpretando il concetto di soggetto dedicato, la Corte ha ritenuto inapplicabile l'affidamento diretto ad una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e, il cui capitale è, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice⁴⁶.

4. IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA E GLI APPALTI

La trasparenza costituisce regola assoluta applicabile in tutte le fasi del procedimento di aggiudicazione di un appalto, suscettibile di essere derogato solo nel caso in cui la divulgazione di informazioni sia di ostacolo alla legge o sia contraria al pubblico interesse se non addirittura lesiva per la concorrenza.

Come affermato dalla Corte di Giustizia, nelle procedure di aggiudicazione non solo è necessario il rispetto del principio della parità di trattamen-

⁴⁴ Sentenza CGCE 11 gennaio 2005, C-26/03, punto 46.

⁴⁵ Conclusioni Dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed, punto 44; sentenza CGCE 10 novembre 2005 C-29704 Punto 48; sentenza CGCE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle Punto 51.

⁴⁶ Sentenza CGCE 11 maggio 2006, C-340/04, punto 73.

to ma anche della trasparenza affinché tutti i concorrenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte⁴⁷.

Evidente è la correlazione tra questo e tutti gli altri principi generali di diritto in particolare con il principio di parità di trattamento di cui può essere considerato un corollario.

Alcuni autori ricostruiscono il principio come una ratio interpretativa delle norme comunitarie il cui fine è, appunto, la garanzia della concorrenzialità delle imprese e della loro parità di trattamento. Essi affermano che per essere conseguito questo obiettivo è necessario individuarne gli esatti contenuti che finiscono per coincidere con le modalità di scelta del contraente: necessità e vincolatività del bando, predeterminazione dei criteri di scelta, pubblicità⁴⁸.

La Corte di Giustizia ha infatti più volte affermato che: il principio della parità di trattamento implica un obbligo di trasparenza al fine di accertarne il rispetto⁴⁹.

Questo obbligo che ricade sulle amministrazioni aggiudicatrici consiste nel garantire in favore di ogni potenziale offerente un adeguato livello di pubblicità che consente l'apertura degli appalti alla concorrenza nonché il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione⁵⁰.

Il principio trova applicazione nella fase antecedente l'inizio del procedimento e si sostanzia nella pubblicità dell'informazione preliminare o preinformazione. Le stazioni appaltanti fanno così conoscere attraverso una sorta di cronogramma, agli aspiranti concorrenti, gli appalti che intendono attribuire.

E', inoltre, uno strumento attraverso il quale viene reso noto rispetto una specifica gara tutto quanto necessario per la partecipazione del numero maggiore di concorrenti: oggetto di gara, requisiti che debbono essere posseduti dalle imprese, termini di presentazione delle offerte, criteri obiettivi che si intendono utilizzare per la valutazione delle offerte.

L'adeguatezza della pubblicità a cui la giurisprudenza fa spesso riferimento è quella necessaria e che risulta funzionale allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali concorrenti interessati all'affidamento, secondo l'entità e l'importanza della gara. La sua carenza è apparsa spesso collegata all'esiguo tempo di pubblicazione ed ai mezzi utilizzati spesso insufficienti per consentire una adeguata divulgazione.

⁴⁷ Sentenza CGCE 12 dicembre 2002, C-470/99 *Universale-Bau*, AG punto 93.

⁴⁸ L. Bonechi "Principio di Trasparenza e principio di non Discriminazione in base la nazionalità. Verso una possibile estensione della rilevanza comunitaria dei contratti del settore pubblico?" Nota sentenza CGCE 18 novembre 1999, C-224/97 *Unitron Scandinavia*.

⁴⁹ Sentenza CGCE 18 novembre 1999, C-275/98, *Unitron Scandinavia* punto 31.

⁵⁰ Sentenza CGCE 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria/Telekom Austria AG* racc.2000 punti 61-62.

In ambito comunitario è previsto che le stazioni appaltanti non possono determinare i termini dei bandi con riferimenti che comportino situazioni di disparità per i concorrenti; pertanto i termini dovranno essere computati - per dare le stesse possibilità agli operatori economici di Paesi diversi da quello in cui è bandito l'appalto- con riferimento alla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea e non alla Gazzetta Ufficiale del Paese di riferimento.

La trasparenza deve essere rispettata anche nella procedura del raffronto delle offerte – come affermato anche dal Tribunale di Primo Grado⁵¹. Questo ha precisato che: “la Commissione era tenuta a precisare nel bando di gara le condizioni di gara (...) ed a uniformarvisi. In particolare non poteva modificarle successivamente senza trasgredire il principio di trasparenza”.

La trasparenza è ricostruita anche come effettiva applicazione dell'obbligo delle stazioni appaltanti di motivare le scelte effettuate sulla base dei criteri inizialmente adottati.

Mettere al corrente gli operatori di ciò che si intende fare o di ciò che si fa non è sufficiente, essendo necessario divulgare anche quello che già è stato fatto. In questo senso si parla di post-informazione che risponde all'esigenza di assicurare la conoscibilità degli appalti aggiudicati e l'articolazione del loro esito facendo, così, “venire allo scoperto eventuali pratiche protezionistiche”.

5.IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ E GLI APPALTI

Il principio di proporzionalità assume un ruolo decisivo per quanto attiene il contenuto della *lex specialis* con specifico riferimento ai requisiti richiesti ai concorrenti per prendere parte alla gara e dei criteri valutazione.

I requisiti sia quelli economico finanziario- che sono indicatori della vitalità attuale e della effettiva capacità operativa dell'impresa nonché della sua affidabilità sotto il profilo finanziario- sia quelli tecnico organizzativi – che sono indici dell'idoneità dell'impresa a realizzare l'opera – debbono essere fissati dalle amministrazioni nel bando di gara con una scelta che deve essere adeguatamente motivata per impedire che essa sfoci nell'arbitrio.

La richiesta dei requisiti minimi ai fini della partecipazione deve essere strettamente connessa alla tipologia e all'importo dell'incarico, in quanto la richiesta non proporzionata, celando forme di selezione occulta, può comportare una limitazione della concorrenza.

⁵¹ Sentenza Trib di Primo Grado 14 ottobre 1999 cause riunite T.191/96 e 106/97 CAS Succhi di Frutta/ Commissione racc, p II -3181 punto 73.

Tra le pratiche ritenute non conformi al principio vi è la richiesta di una soglia di fatturato maturata sul solo mercato geografico di riferimento, in quanto la selezione non avverrebbe sulla base della effettiva capacità tecnica ed economica posseduta dalle imprese ma attraverso l'esperienza acquisita sui mercati geografici di riferimento, creando una disparità di trattamento vietata.

La regola della proporzionalità impone inoltre che per le prestazioni di minore complessità, il livello di fatturato non deve essere fissato in modo sovradimensionato, tale da escludere le imprese che invece sono in possesso di quelle effettive capacità economiche e tecniche per la realizzazione dell'opera.

Generalmente tutte le prescrizioni contenute nel bando di gara sono interpretate come requisito indispensabile ed essenziale ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

La Corte di Giustizia non privilegiando invece una interpretazione letterale degli avvisi di gara ha ritenuto non proporzionata l'esclusione di una ditta da una gara, per il solo fatto che fosse stata presentata una offerta minimamente irregolare dal punto di vista documentale. Osserva che se l'irregolarità documentale è inidonea ad influire sulla conoscenza dello stato dei fatti da parte dell'amministrazione aggiudicatrice e se non fa sorgere dubbi sulla paternità, sulla veridicità e consistenza dell'offerta, non può dar luogo ad esclusione dell'impresa.

Il principio impone che anche i criteri di valutazione delle offerte siano rapportati in modo congruente e proporzionato alla natura del servizio da prestare. In una recente pronuncia la Corte⁵² chiamata a decidere sull'interpretazione delle direttive in relazione ad una disciplina nazionale belga (che vietava la partecipazione alla gara di soggetti che avessero avuto un ruolo nella fase preparatoria con riferimento allo studio e alla progettazione dell'oggetto dell'appalto) ha statuito l'incompatibilità del divieto con il diritto comunitario.

La legislazione nazionale deve consentire agli interessati di partecipare alle gare, se dimostrano che il ruolo ricoperto nella fase preparatoria dell'appalto non cagiona distorsioni concorrenziali. La Corte individua il fondamento della propria decisione nel principio di proporzionalità poiché afferma che: "un aprioristico divieto generale sarebbe sproporzionato e troppo rischioso rispetto l'effetto utile che si intende perseguire".

Prevale grazie il pronunciamento della Corte la soluzione di rimettere la valutazione ad una scelta discrezionale della amministrazione, certamente più idonea a garantire la concorrenza secondo una concezione non astratta ma adeguata al contesto concreto di applicazione.

⁵² Sentenza CGCE 3 marzo 2005, C-21/03 e C- 34/03, Fabricom in www.curia.eu.it

Resta però irrisolto il problema di quando e a quali condizioni, può ritenersi assente un'apprezzabile distorsione della concorrenza poiché il soggetto che ha partecipato alla fase di studio dell'appalto ha già una conoscenza quantomeno dell'oggetto dell'appalto se non addirittura del valore effettivo economico di esso, con possibile se non addirittura probabile violazione della par condicio tra concorrenti.

6.CONCLUSIONI

Dopo aver provveduto ad una ricognizione del contenuto dei principi generali elaborati dalla Corte di Giustizia e come da Essa sono stati applicati agli appalti pubblici aventi rilevanza comunitaria ivi comprese le concessioni, è necessario fare alcune precisazioni in ordine ad una loro osservanza anche per gli appalti sottosoglia.

La Corte ha infatti stabilito che “sebbene le direttive comunitarie si applichino soltanto ai contratti il cui valore supera un determinato limite previsto in ciascuna direttiva, il solo fatto che il legislatore comunitario abbia considerato che le procedure previste in tali direttive, particolari e rigorose, non sono adeguate allorché si tratta di appalti pubblici di modico valore, non significa che questi ultimi siano esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario⁵³”.

Già in precedenza la giurisprudenza aveva evidenziato come necessario fosse il rispetto del principio della trasparenza anche per gli appalti non rientranti espressamente nella sfera di applicazione di una direttiva ma anche più in generale dei principi fondamentali del Trattato e del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità⁵⁴, quale si desume dalle disposizioni del Trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi⁵⁵.

Alla luce di quanto detto può concludersi che una pubblica amministrazione che intenda bandire un appalto è tenuta al rispetto dei principi fondamentali ove l'importo dell'appalto abbia rilevanza comunitaria, negli altri casi pur non essendo vincolata da regole analitiche in tema di pubblicità e procedura, deve comunque osservare criteri di condotta che consentano a tutte le imprese di venire a conoscenza in tempo utile dell'intenzione dell'amministrazione di pervenire alla stipula di un contratto e quindi poter formulare una offerta adeguata.

⁵³ Sentenza CGCE 3 dicembre 2001, C-59/00 punto 19

⁵⁴ Sentenza CGCE 7 dicembre 2000, C-324/98 Tele-Austria/Poste Telekom Austria, punto 60.

⁵⁵ Sentenza CGCE 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e 28/01, Commissione / Repubblica Federale di Germania punto 62.

7. BIBLIOGRAFIA

ADINOLFI Adelina – *“I Principi Generali della Giurisprudenza Comunitaria e la loro Influenza sugli Ordinamenti degli Stati Membri”* in Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, 1999 p. 521 e ss.

BALDASSARRE F. – *“Verifica delle offerte anomale dopo la pronuncia della Corte di Giustizia della Comunità Europea”*, in Urbanistica ed Appalti, 7-2002, p. 777 e ss.

BONECHI Leonardo – *“Principio di Trasparenza e di non discriminazione in base alla Nazionalità. Verso una possibile estensione della rilevanza comunitaria dei contratti del settore pubblico?”* nota a sentenza CGCE 18 novembre 1999 C-224/97.

CARINGELLA Francesco – *“Corso di Diritto Amministrativo”*, tomo II, terza Ed. 2004, Giuffrè Editore.

CAROSI Aldo – *“Gli appalti pubblici di servizi alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale”*, in Appalti, Urbanistica, Edilizia, 2-2000, p.67 e ss.

CORRADO Salvatore – *“L'appalto pubblico di Lavori, Forniture e Servizi”*, Franco Angeli, Milano 2004.

DIDONNA Michele – *“L'esclusione dalla Gara d'appalto, par condicio, e massima partecipazione”*, in Urbanistica e Appalti, 10-2002, p. 1127 e ss.

FIORENTINO Luigi e LACAVA Chiara (a cura di) – *“Le nuove Direttive Europee sugli Appalti Pubblici”* Giornale di Dir. Amm. Quaderni Diretti da Sabino Cassese, Ipsoa, 2004.

SALVATORE Vincenzo – *“Diritto Comunitario degli Appalti Pubblici”*, Giuffrè Ed. 2003.

SANTINI Andrea – *“Il principio di Trasparenza nell'Ordinamento dell'Unione Europea”*, Giuffrè Ed. 2004.

TACCOGNA Gerolamo – *“Gli orientamenti interpretativi della Corte di Giustizia Riforme e Prospettive di Evoluzione della Concorrenza nei Pubblici Appalti”*. In Foro Amm. TAR vol. IV, febbraio 2005, p. 607.

TACCOGNA Gerolamo – *“Commento alla Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni pubbliche”* in Giornale di diritto amministrativo, 2000. p.1253 e ss.

TESAURO Giuseppe – *“Diritto Comunitario”*, II Edizione, Cedam, 2001 Padova.

**EVOLUZIONE STORICA E GIURIDICA
DELLA TUTELA DEI BENI CULTURALI
DALL'UNITÀ D'ITALIA AL CODICE URBANI.
CENNI SULLA TUTELA PAESISTICA.**

di Filippo Gargallo di Castel Lentini

La tutela dei beni culturali sul territorio nazionale ha radici legislative che possono rintracciarsi in tempi preunitari per trovare il loro programmatico compimento ad unità ormai avvenuta, dopo una maturata conoscenza delle problematiche attinenti il patrimonio culturale italiano.

Per ovvie ragioni di economia siamo costretti a non analizzare i precedenti legislativi posti in essere dalle diverse amministrazioni che storicamente si sono succedute nel governo degli stati preunitari, anche se non possiamo sottacere che tali attività erano presenti sin dalle epoche più remote e trovavano la loro naturale giustificazione nell'immenso patrimonio storico - culturale e paesaggistico che il Paese in ogni sua provincia ha sempre potuto vantare. Ma per il limite territoriale dei singoli stati o anche per il carattere "individualista" dei vari regnanti o ancora e soprattutto, per i tempi non ancora maturi per una coscienza matura per l'apposizione di generalizzate tutele sui beni culturali e naturalistici, fino agli albori dell'unità d'Italia i provvedimenti legislativi si erano sempre caratterizzati in singole norme da attuare per lo più in via d'urgenza per porre rimedio a situazioni contingenti oppure per garantire speciali tutele alle proprietà dei molti sovrani.

Dal '700 in poi, inoltre, il ritrovato interesse per lo studio dei classici e l'elevazione dell'archeologia a scienza avevano introdotto nelle comunità italiane un interesse alla protezione dei beni culturali sempre crescente.

Giunti agli albori dell'unità d'Italia, nel 1859, l'allora Ministro della pubblica Istruzione del Regno di Sardegna, Marchese Casati, nello stilare quella che sarebbe stata una fondamentale seppur discussa riforma dell'istruzione, pose quale materia di studio anche i beni culturali, secondo una accezione per quei tempi oltremodo moderna.

Ma la storia dei provvedimenti a favore dei beni culturali in Italia ha, come dicevamo prima, origine solo dopo una maturata convinzione delle necessità ed una appurata presa di coscienza (ancor prima che di definita conoscenza) del patrimonio storico, artistico e naturalistico della Nazione.

LEGGE NASI N 185/1902

E così, la prima disposizione legislativa organica dell'Italia unita, espressamente dedicata ai beni culturali (anche se nel titolo si faceva riferimento alla "Tutela del patrimonio monumentale") è del 1902 (n. 185) conosciuta come "Legge Nasi" dal nome del Ministro della pubblica Istruzione in carica al momento della sua approvazione. Lo studio di questa legge, ancora oggi, ci sorprende per gli spunti di interesse in essa rinvenibili, introducendo temi ancora attuali, sia pure nella diversa accezione e formulazione che la corrente legislazione gli configura. Infatti, questa legge, oltre a spiegare i concetti di tutela dei monumenti e dei reperti archeologici, introdusse temi quali il limite dei 50 anni dalla produzione dell'oggetto perché la tutela potesse svolgere i suoi effetti, o il discusso concetto della cosiddetta "tutela indiretta" consistente nella possibilità di regolamentare, previo indennizzo, l'edificazione nelle vicinanze di monumenti tutelati; a questa legge è anche da attribuire l'introduzione del diritto di prelazione a parità di offerta da parte dello Stato nella compravendita di beni oggetto di tutela e l'introduzione del divieto di esportazione per tali oggetti. Erano riportati in essa anche i criteri risarcitori per i proprietari dei fondi ove i beni oggetto di tutela fossero stati rinvenuti. Ma la legge Nasi, sia pur dalla portata innovativa, ebbe però una incisività relativa e le motivazioni della sua inefficacia sono da ricercarsi nella previsione di un catalogo dei monumenti ove includere tutti i beni da tutelare, operazione oltremodo difficile qualora posta nei confronti di un patrimonio storico culturale come il nostro e in definitiva macchinosa, lasciando tempi di attuazione assolutamente non sostenibili. All'uopo si cercò di provvedere con un regolamento di attuazione che vide la luce nel 1904 ma che appariva anch'esso di difficile applicazione essendo più monumentale dei monumenti che doveva proteggere: ben 418 articoli, non sempre coerenti tra loro, e che non riuscirono a raggiungere l'intento di aiutare l'applicazione della legge.

LEGGE ROSADI N. 364/1909

Stanti le difficoltà di esecuzione di questa legge, il successivo Ministro della pubblica Istruzione, Bianchi, nominò una commissione per l'elaborazione di una nuova legge di tutela (c.d. Legge Rosadi) che vide la luce nel 1909 con il n. 364. L'oggetto di tutela di questa legge veniva decisamente ampliato passando dai generici "monumenti" a "...le cose immobili e mobili che abbiano interesse storico, archeologico, paleontologico o artistico...". Inoltre la legge introduceva alcune novità di cui una fondamentale: l'istituzione della notifica. Attraverso questo meccanismo il provvedimento di tutela non era più subordi-

nato all'inclusione di un determinato bene all'interno di un catalogo ma si decideva di ufficializzare, mediante notifica, la difesa dei singoli beni da porre sotto tutela, man mano che i beni venivano individuati. Questa legge introduceva anche limitazioni per quei diritti della proprietà privata in materia di esportazione ed eliminava il già previsto indennizzo per le eventuali limitazioni per i proprietari delle aree limitrofe ai provvedimenti di tutela.

L. N. 688/1912

Con la legge 688 del 1912, poi, la validità della legge Rosadi veniva estesa a ville, parchi e giardini con il riconoscimento di interesse storico artistico: nasceva così il primo provvedimento estensivo di tutela del paesaggio nazionale.

REGOLAMENTO DI ESECUZIONE DE 1913

Ad entrambe queste leggi si diede attuazione attraverso un nuovo regolamento di esecuzione, posto in essere nel 1913, dal carattere snello e composto di "soli" 189 articoli divisi in tre titoli: il primo dedicato al regime interno delle cose di interesse, il secondo alla loro esportazione e l'ultimo alle disposizioni finanziarie. Questo regolamento è sopravvissuto al suo tempo. Infatti fino all'ultimo Codice Urbani, ha avuto in sorte di resistere alle leggi che si sono nel tempo succedute, da quelle del giugno del 1939, che per l'immediatezza del periodo bellico non ebbero successiva regolamentazione, per arrivare fino al T.U. del 1999.

CODICE PENALE R.D. 1938 DEL 19/01/1930 ART. 733 C.P.

Continuando nella nostra cronistoria dei provvedimenti a carattere generale che si sono a vario titolo interessati della materia dei beni culturali, rinveniamo all'interno del Codice Penale del 1930 (R.D. 1938 del 19.1.1930) le sanzioni (anche aggiornate, chiaramente, da disposizioni successive) previste per il danneggiamento ed il deturpamento di beni, con la previsioni di aggravanti qualora tali reati vengano perpetrati nei confronti di "...cose di interesse storico, artistico o destinate all'esercizio di un culto..." (artt. 635 e 650 c.p.), trovando specifica previsione di reato nell'art. 733 c.p. (Danneggiamento al patrimonio archeologico, storico o artistico nazionale) e per quanto riguarda la distruzione o il deturpamento di bellezze naturali nell'art. 734 c.p..

L. N. 1089/39 TUTELA DELLE COSE DI INTERESSE ARTISTICO E STORICO

Ma l'anno (addirittura il mese:giugno!) che ha rappresentato una vera svolta epocale nella tutela dei beni culturali e ambientali è sicuramente il 1939. Infatti il 1.6.1939 con la legge 1089 la Nazione otteneva un testo organicamente maturo per la "tutela delle cose di interesse artistico e storico", mentre il 29 dello stesso mese ed anno si emanava la legge n. 1497 avente ad oggetto la protezione delle bellezze naturali.

Proponente e fautore della legge 1089/39 fu il Ministro Giuseppe Bottai, allora Ministro dell'Educazione nazionale, che volle ribadire l'importanza primaria che il regime assegnava all'arte come strumento indispensabile di educazione della collettività. Ma la compilazione di questa legge, fondamentale per la nostra legislazione di riferimento, fu così ben portata avanti dalla commissione incaricata che oltre a recepire i passi fino ad allora compiuti poneva attenzione in campi di intervento prima non esplorati o insufficientemente trattati, spaziando così dai beni di interesse artistico e storico fino a comprendere l'arte contemporanea, le manifestazioni e le istituzioni sportive, i restauri, gli Archivi e la Discoteca di Stato, il diritto di stampa e d'autore fino alla materia urbanistica ed alle relative organizzazioni amministrative. Oltre a comprendere questi innovativi capi di intervento la legge disciplinò le funzioni di tutela, di valorizzazione nonché di gestione e promozione dei beni culturali. Questione mai prima affrontata.

Ogni legge successiva, anche se abrogante di questo o di quell'articolo della 1089/39 ne ha sempre rispettato l'impianto e la costruzione logica.

L. N. 1974/39 PROTEZIONE DELLE BELLEZZE NATURALI

Come detto lo stesso mese dello stesso anno, nel giorno 29, veniva emanata la legge n. 1497 avente ad oggetto la protezione delle bellezze naturali. Con questa legge il concetto di paesaggio viene definitivamente incluso nel patrimonio nazionale che diventa così suddiviso nelle due categorie di beni culturali e paesaggistici.

Con questa legge si prende consapevolezza della rilevanza del paesaggio ai fini della determinazione dell'identità nazionale come già previsto da Benedetto Croce, Ministro dell'ultimo governo Giolitti (1922) quando definì il paesaggio come " *la rappresentazione materiale e visibile della Patria, coi suoi caratteri fisici particolari, con le sue montagne, le sue foreste, le sue pianure, i suoi fiumi, le sue rive, con gli aspetti molteplici e vari del suo suolo*".

La legge prevede l'istituzione di un piano paesistico concepito quale mezzo innovativo di valorizzazione del territorio e momento di contatto, e direi di riflessione, con le esigenze edilizie ed urbanistiche.

Questa legge, peraltro per moltissimo tempo unico baluardo per le tematiche ambientali nel deserto legislativo che ha caratterizzato questa materia fino agli anni '70 dello scorso secolo (momento dal quale è iniziata una forse altrettanto curiosa e a volte esagerata produzione legislativa), si pone a fondamento delle tematiche paesaggistiche della Nazione. Solo nel 1985, infatti, l'impianto della 1497/39 verrà posto in discussione dalla legge c.d. Galasso (n. 431/1985) che rilancia la pianificazione del paesaggio attraverso il coinvolgimento di tutte le regioni (operazione lungimirante stante la recente riforma dell'art. 117 Cost. che prevede la legislazione concorrente per la materia del "Governo del territorio").

CODICE CIVILE R.D. 16/03/1942 N. 642 ART. 826

Nel 1942 vedeva la luce il nostro Codice Civile (R.D. 16.3.1942 n. 642) all'interno del quale oltre a trovare materia astrattamente riconducibile al nostro tema secondo l'interesse privatistico, nel terzo libro, in particolare al capo secondo del titolo primo, riguardante "beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici" troviamo l'art. 826 che introduce il concetto di patrimonio indisponibile dello Stato per ".... le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque titolo ritrovate nel sottosuolo ...". Ed ancora all'art. 831 viene previsto come i beni degli enti ecclesiastici e gli edifici di culto sono soggetti al Codice Civile se non diversamente disposto dalle leggi speciali che li regolano e come gli edifici destinati al culto cattolico anche se privati non possono essere sottratti alla loro destinazione.

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ARTT. 9, 117, 118

Il 22.12.1947 (promulgata il 27 dello stesso mese ed entrata in vigore il 1.1.1948) viene approvata dall'Assemblea Costituente la Costituzione della Repubblica Italiana.

Lo studio della Carta fondamentale del nostro Ordinamento ci permette di ritrovare le tematiche da noi affrontate sotto diversi aspetti anche se per i soliti motivi di economia degli spazi affrontiamo in questa sede le previsioni più evidenti ed esplicite.

Innanzitutto l'art. 9: "*La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.*"

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione". La lettura di questo articolo ci porta a due considerazioni preliminari: 1) il recepimento (al 2° comma) all'interno dei principi fondamentali della Costituzione dei concetti espressi nelle due leggi del giugno del 1939 e 2) la stretta correlazione tra il primo ed il secondo comma dell'articolo laddove nel primo si tratta lo sviluppo della cultura mentre nel secondo si parla di patrimonio storico e artistico innovando così la concezione statico – conservativa del patrimonio culturale verso una concezione dinamica della cultura, ossia una concezione orientata al pubblico godimento con fini di ricerca e di promozione, sia pur dichiaratamente con esigenze di tutela.

E', peraltro, in seconda deliberazione presso la Camera dei deputati la revisione di questo articolo con la previsione di un terzo comma che preveda in maniera esplicita come *"La Repubblica tutela l'ambiente e gli ecosistemi anche nell'interesse delle generazioni future, protegge la biodiversità e promuove il rispetto degli animali"*. Un bel passo in avanti, anche se a questo punto la necessaria seconda deliberazione dovrebbe avvenire attraverso il meccanismo della "prorogatio", stante l'inizio della nuova legislatura. Vedremo.

Proseguendo la lettura della Carta troviamo come l'art. 44 statuisce obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata anche per conseguire un razionale sfruttamento e con ogni conseguenza di espropriabilità delle proprietà private ai sensi dell'art. 42 Cost. E' ovvia e conseguente la capacità operativa di quest'articolo nei confronti dei beni culturali e paesaggistici laddove, beni di particolare pregio e in pericolo di compromissione possano essere, con le modalità che le leggi correnti prevedono, rimessi attraverso il meccanismo dell'esproprio nel patrimonio diretto dello Stato.

Stato che ha legislazione esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, come recita la lettera "s" del 2° comma dell'art. 117 Cost. secondo la riforma del Titolo V della Costituzione intervenuta con legge Costituzionale n. 3 del 2001. La ratio di questa previsione è da ritrovare nella necessità per lo Stato di conferire una maggiore uniformità ed omogeneità strategica all'azione di tutela, senza differenze sul territorio nazionale. Ciò non esclude che le Regioni possano introdurre misure di tutela più rigorose adattandole ai diversi contesti territoriali in attuazione del principio della differenziazione e della sussidiarietà. In tal senso, peraltro, l'art. 117 Cost. prevede al 3° comma tra le materie di legislazione concorrente anche la valorizzazione dei beni culturali e ambientali e la promozione e organizzazione di attività culturali. Così come l'art. 118 Cost. al 3° c. prevede forme di intesa e coordinamento tra Stato e Regioni nella esplicitata materia della tutela dei beni culturali.

CONVENZIONE UNESCO DEL 14/05/1954 PER PROTEZIONE BENI CULTURALI IN GUERRA

E' del 14.5.1954 la prima Convenzione dell'UNESCO per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato. Tale convenzione internazionale vede la luce dopo le aberranti esperienze della guerra e si fonda sulla convinzione che il patrimonio culturale anche di una singola nazione deve essere considerato di appartenenza dell'intera umanità, quale espressione delle culture dei paesi ove trova compimento. In tal senso il testo della convenzione redige una dettagliata definizione dei beni culturali ai fini della loro protezione e salvaguardia, elencando le misure (anche militari) necessarie per l'esecuzione della convenzione. L'Italia è membro dell'UNESCO dalla fondazione dell'organismo.

CONVENZIONE UNESCO DEL 1970 SU IMPORTAZIONI ED ESPORTAZIONI ILLECITE DI BENI CULTURALI

Ancora nel 1970 l'UNESCO emana una nuova Convenzione avente ad oggetto la prevenzione e la proibizione delle importazioni ed esportazioni illecite di beni culturali.

COMMISSIONE FRANCESCHINI, PAPALDO, GIANNINI

Dagli anni '70 dello scorso secolo in poi la legislazione nazionale sui singoli aspetti dei beni culturali e paesaggistici diviene frequente e frammentata in un grande numero di norme che non sempre hanno apportato i benefici sperati non risultando facile l'applicazione delle disposizioni delle varie norme.

E' in questo periodo che il Parlamento, prendendo coscienza del problema, affida a varie Commissioni (Franceschini nel 1967, Papaldo nel 1970 e Giannini nell'82 e nell'89) progetti e disegni di legge per il riordino della materia. Tali lavori saranno preziosi per la successiva, e fino alla più recente, produzione legislativa.

1974 ISTITUZIONE MINISTERO PER I BENI CULTURALI E PER L'AMBIENTE

Con il D.L. 14.12.1974 n. 657 (poi convertito con la L. 29.1.1975 n. 5) si istituisce il Ministero per i beni culturali e per l'ambiente.

A tale Ministero vengono conferite le competenze di tutela, valorizzazione e diffusione del patrimonio culturale del Paese e ad esso vengono

devolute le attribuzioni spettanti al Ministero della pubblica Istruzione per le attività e le belle arti, per le accademie, le biblioteche e per la diffusione della cultura nonché quelle per la sicurezza del patrimonio nazionale. Le direzioni, con il personale, le sedi e gli strumenti operativi, in essere presso il precedente Ministero passano al nuovo costituito.

LEGGE GALASSO N. 431/1985

Come anticipato durante l'esame della legge 1497/39, è del 1985 la legge c.d. Galasso (n. 431) che rivede in via radicalmente innovativa la tutela del paesaggio, finendo per essere anche in campo ambientale un baluardo nei confronti, nello specifico, dell'abusivismo edilizio.

L. N. 241/90 CONFERENZA DEI SERVIZI

Con la rivoluzionaria legge 241 del 7.8.1990, avente ad oggetto nuove norme in materia di procedimenti amministrativi e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, si introduce la previsione della Conferenza dei Servizi, chiamata ad operare anche per l'organizzazione dei procedimenti amministrativi nei campi della tutela dell'ambiente e dei beni culturali.

1992 COMANDO CARABINIERI PER LA TUTELA PATRIMONIO ARTISTICO

Dal 1992 è operante un Comando Carabinieri per la tutela del patrimonio artistico, distaccato presso il Ministero per i beni e le attività culturali (anche se allora si chiamava ancora per i beni culturali e per l'ambiente) con delega sulla sicurezza del patrimonio culturale e sull'acquisizione di dati informativi. I successi quotidiani del Comando sono sotto gli occhi di tutti ed ampiamente divulgati anche quale mezzo per la diffusione delle informazioni riguardanti i beni recuperati; all'interno dell'Arma, contro ogni previsione ed in ossequio all'ottimo lavoro svolto, è diventato motivo di prestigio poter accedere a questo reparto.

REGOLAMENTO CEE N. 3911/92 CONTROLLO SULLE ESPORTAZIONI BENI CULTURALI FUORI CONFINI DELLA COMUNITÀ

Con il Regolamento CEE 3911/92 la Comunità Europea ha voluto dare un forte segnale circa la materia dell'esportazione dei beni culturali, inten-

dendo uniformare i controlli sulle esportazioni di beni culturali alle frontiere esterne della Comunità. Viene in tal senso introdotta la figura della licenza di esportazione, che ha validità in tutta la Comunità.

DIRETTIVA 93/7/CEE RESTITUZIONE BENI CULTURALI USCITI ILLECITAMENTE DA UNO STATO MEMBRO

Mentre è del 15 marzo del 1993 la Direttiva n. 93/7/CEE relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di quello Stato membro o del Regolamento CEE 3911/92. In tal senso la Direttiva prevede l'istituzione di una Commissione comunitaria per il procedimento di reintegra nel patrimonio dello Stato membro del bene artistico o culturale uscito illegalmente. Questa Direttiva è stata recepita in Italia con L. 30.3.1998 n. 88 "Norme sulla circolazione dei beni culturali".

D.LGS. N. 368/98 ISTITUTO MINISTERO BENI E ATTIVITÀ CULTURALI

Con il Decreto Legislativo n. 368 del 20.10.1998, in forza della legge delega n. 57/97, viene istituito il Ministero per i beni e le attività culturali, sostituendosi così al precedente Ministero per i beni culturali e ambientali, laddove la previsione "ambientali" aveva causato non poche conflittualità con il Ministero per l'Ambiente nel frattempo sorto nel 1986. Peraltro, l'introduzione del concetto delle "attività culturali" conferisce al Ministero in parola attribuzioni anche in materia di spettacolo, di sport e di impiantistica sportiva, ponendo i presupposti per quella interdisciplinarietà che è tipicamente connaturata con ogni manifestazione culturale e che il parlamento, ed in genere l'opinione pubblica, richiedevano al Ministero.

D. LGS. N. 490/99 T.U. DISPOSIZIONI LEGISLATIVE IN MATERIA DI BENI CULTURALI E AMBIENTALI

Per porre chiarezza nella materia, ormai ingolfata dalle mille piccole e meno piccole (dire grandi sarebbe troppo) aggiunte e modifiche alla L. 1089/39, il Parlamento aveva conferito delega al Governo, con L. 352/97, per predisporre un testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali. Con leggero ritardo rispetto la prevista puntualità, il D. Lgs. 490 del 29.10.1999 in 166 articoli ricomprende, cercando di tenere

una certa coordinazione, tutta la precedente legislazione nazionale nonché il recepimento delle Convenzioni internazionali e dei Regolamenti e delle Direttive della Comunità Europea. Le previsioni inserite nella L. 1089/39 sono ancora il nucleo centrale del T.U. che oltre alla tutela prevede anche finalità di valorizzazione dei beni culturali, secondo le mutate esigenze dei tempi. Viene, inoltre, innovato il procedimento della dichiarazione di interesse per i beni facenti parte il patrimonio storico, artistico, demo-etno-antropologico, archeologico, archivistico e librario, appartenenti a soggetti privati. La dichiarazione, pertanto, avviene quale atto conclusivo del procedimento di identificazione del bene da porre sotto tutela e separato dall'atto di notifica della dichiarazione stessa all'interessato, concedendo a quest'ultimo dei termini di garanzia secondo quanto intervenuto con la L. 241/90.

D. LGS. N. 42/2004 CODICE DEI BENI CULTURALI E DEL PAESAGGIO

Ma è con il D. Lgs. n. 42 del 22.1.2004, su delega del Parlamento intervenuta con L. 137/2002 (art. 10) avente ad oggetto la riorganizzazione, il riassetto e la codificazione in materia di beni culturali e ambientali, spettacolo, sport, proprietà letteraria e diritto d'autore, che nasce il c.d. Codice Urbani, ossia la prima esperienza codicistica nella materia che il nostro ordinamento abbia mai visto. In particolare questo Codice dei beni culturali e del paesaggio, in cinque parti e 184 articoli, abrogando il precedente T.U. del '99 si prefigge, secondo la presentazione dello stesso Ministro Urbani, di ottenere:

- a) Il pieno recupero del paesaggio nell'ambito del "patrimonio culturale", del quale oggi costituisce parte integrante alla pari degli altri beni culturali del nostro Paese.
- b) Il fondamentale riconoscimento del carattere rigorosamente unitario della tutela dell'intero nostro patrimonio storico - artistico e paesaggistico, così come previsto dalla Costituzione della Repubblica, sia nell'art. 9 sia nel nuovo Titolo V, agli articolo 117 e 118.
- c) L'enucleazione, finalmente caratterizzata in modo compiuto, sia sotto il profilo formale che funzionale, di un apposito demanio culturale nell'ambito del più ampio patrimonio pubblico, al quale sono ascritti tutti quei beni la cui piena salvaguardia ne richiede il mantenimento nella sfera della proprietà pubblica (statale, regionale, provinciale, comunale che sia) così come imposto dall'interesse della collettività.
- d) L'autentica svolta che porterà la pianificazione in materia urbanistica ad avere d'ora in avanti un carattere rigorosamente subordinato rispetto alla

pianificazione in materia paesaggistica, di fronte alla quale la prima dovrà essere sempre pienamente compatibile.

Il programma è certamente ambizioso e sorge con le migliori intenzioni ma è anche cauto sulle aspettative laddove viene prevista la possibilità per il Codice di essere riconsiderato, aggiornato e corretto nell'arco di 24 mesi dall'entrata in vigore. Meccanismo che ad oggi possiamo dire essere puntualmente intervenuto.

Con questa presentazione sembrerebbe che la materia venga totalmente stravolta rispetto alla legislazione precedente. In realtà dalla lettura dell'articolato questo non si evince anzi il Codice appare nel solco della tradizione ormai più che secolare dei beni culturali, consistendo in dichiarazioni di interesse pubblico, limiti all'esportazione, prelazioni, disciplina dell'uso dei beni. Le innovazioni, e ce ne sono, riguardano le garanzie procedurali sia per i privati che per i rapporti tra Stato e Regioni.

La trama è strutturata in: disposizioni generali; beni culturali e loro tutela; valorizzazione dei beni culturali; beni paesaggistici; sanzioni.

I principi del Codice fanno riferimento a due grandi gruppi: 1) rapporti tra pubblico e privato e 2) distribuzione di funzioni tra Stato e Regioni. Per il primo gruppo, come autorevolmente affermato, si può dire che *“lo Stato estende il suo controllo mentre limita la sua gestione”*, riconoscendo validità, dunque, a forme di gestione indiretta attraverso i privati, la promozione di attività di studio e di ricerca, le sponsorizzazioni e gli accordi con le fondazioni private. Sul piano, invece, dei rapporti tra Stato e Regioni, il Codice segue la riforma del Titolo V della Costituzione, contemplando per la tutela l'attività legislativa dello Stato (art. 117 Cost., 2°c., lett. s), sia pur con forme di intesa e di cooperazione (art. 118 Cost., 3°c.) con le Regioni e gli enti locali. La valorizzazione invece, come visto, è affidata alla legislazione concorrente dello Stato e delle Regioni, ma secondo il regime proprietario, per cui sui beni di proprietà dello Stato (la maggior parte) sarà lo Stato a dettare le norme sulla valorizzazione e viceversa. Analogamente il Codice disciplina anche i relativi compiti amministrativi, *“correggendo”* di fatto a favore dello Stato, la distribuzione delle funzioni disposta con la riforma del 2001. Infine, per tentare di attenuare la sempre presente caratteristica statalistica della normativa del 1939, il Codice impronta ad un nuovo modello i rapporti tra Stato e cittadino, cercando di tutelare la volontà di quest'ultimo che voglia farsi udire prima dell'imposizione dei vincoli.

Rispetto al 1939 i tempi sono cambiati. Così come sono cambiate le esigenze di tutela dei beni culturali e paesaggistici. Troppe nuove figure, siano

esse legate ai rapporti internazionali o alle disponibilità finanziarie, sono intervenute in questi 65 anni. Troppo sono cambiate le esigenze sia di tutela che di valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici, e diversi sono i soggetti, anche istituzionali, chiamati ad interagire. Troppo è maturata la coscienza dei singoli cittadini e lo Stato ha imparato a tenerla in debito conto. Questo Codice sembra aver recepito i cambiamenti. Ma l'impianto iniziale era buono. E pare sopravvivere. *Mutatis mutandis*.

PARTE III
Giurisprudenza

LA RESPONSABILITÀ CONCORRENTE E CONTRATTUALE DELLA STRUTTURA OSPEDALIERA E DEL MEDICO DIPENDENTE

La recente sentenza del tribunale di Venezia, di seguito riportata, ripercorre seppur sinteticamente i recenti contrasti giurisprudenziali in materia di responsabilità medica, sopiti quasi del tutto solo con la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione n. 13533/2001, alla quale aderisce il predetto tribunale, affermando, che il creditore che agisce per la risoluzione del contratto, per l'adempimento ovvero per il risarcimento del danno da inadempimento deve fornire la prova della fonte del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione dell'inadempimento della controparte, e che grava, invece, sul debitore convenuto l'onere di provare il fatto estintivo, ossia l'avvenuto adempimento.

La sentenza in commento, inoltre, affronta un altro interessante aspetto, ossia quello riguardante i rapporti intercorrenti tra le A.U.L.S.S., aziende unità sanitarie locali istituite con il Dlgs. 502/1992 a seguito della soppressione delle vecchie U.S.L. e le strutture accreditate.

Il tribunale afferma che: "Considerato che in base all'art. 1 D.leg. "La tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale, nell'ambito dei conferimenti previsti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché delle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto.", l'unitarietà del servizio sanitario fa sì che anche le prestazioni rese nell'ambito di una struttura accreditata possano essere imputate ai sensi dell'art. 1228 c.c. all'azienda sanitaria, nel cui circondario la prima operi, poiché il soggetto accreditato eroga un trattamento, dietro prestazione, nell'ambito dello stesso sistema sottoposto a concorrenza amministrata".

Trib. Venezia 7 agosto 2006

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Tribunale Ordinario di Venezia

Sezione III Civile

il Giudice Unico

dott. Roberto Simone

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile promossa con atto di citazione notificato in data 8.11.2002

da

F.L.e T.A., in proprio e quali legali rappresentanti della figlia minore E., rappresentata e difesa dall'avv. Umberto Ferro e dall'avv. Giovanni Battista Muscari Tomaioli, presso gli stessi elettivamente domiciliati, per mandato a margine dell'atto di citazione,

- attori -

contro

A.U.L.S.S. 12 VENEZIANA, in persona del Direttore Generale A.P., rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando T. Trivellato, presso lo stesso elettivamente domiciliata, per mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta,

- convenuta -

contro

POLICLINICO SAN MARCO s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t. G.C., rappresentata e difesa dall'avv. Ferdinando T. Trivellato, presso lo stesso elettivamente domiciliata, per mandato in calce alla copia notificata dell'atto di citazione,

- convenuta -

contro

C. G.,

- convenuto contumace -

in punto: altre ipotesi di responsabilità extracontrattuale non ricomprese nelle altre materie (art. 2043 c.c. e norme speciali).

Causa trattenuta in decisione all'udienza del 25.11.2005 sulle seguenti conclusioni delle parti costituite

Per gli attori:

“accertato che nell'operazione cui è stata sottoposta E.F. in data 8.9.1998 è stato commesso un grave errore nel posizionamento delle viti di sintesi, e che tale

errore ha causato danni evidenziati nelle premesse alla minore ed ai genitori, condannarsi i convenuti, anche in solido tra loro, a risarcire agli attori anche quali esercenti la potestà sulla figlia minore E., ogni danno, patrimoniale e non patrimoniale, ivi compreso il danno morale, nella misura di Euro 50.000 o quella maggiore che risulterà di giustizia, determinata anche in via equitativa.

Spese e onorari rifusi.”

Per Policlinico San Marco S.P.A.

Nel merito: respingersi le domande attrici. Spese rifuse.

Per azienda ulss n. 12 veneziana

Nel merito: dichiarare l’Azienda U.L.S.S. 12 Veneziana carente di legittimazione passiva rispetto alle domande attrici, per le ragioni rappresentate nella comparsa. Respingersi comunque le domande tutte formulate dagli attori nei confronti della stessa Azienda ritenutane l’estraneità, per qualsivoglia titolo. Spese, diritti, onorari, spese generali, C.P.A. e I.V.A. integralmente rifusi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con l’atto di citazione in epigrafe indicato L.F. e A.T., in proprio e quali legali rappresentanti della figlia minore E. esponevano che in data 8.9.1998 quest’ultima era ricoverata presso il Policlinico San Marco (presidio ospedaliero dell’U.L.S.S. 12 Terraferma) a causa di un distacco dell’epifisi del femore sinistro determinato da un trauma di modesta entità ed era sottoposta ad intervento chirurgico da parte del dr. G.C., responsabile del Reparto di Ortopedia, di posizionamento di due viti; nonostante che durante l’intervento fossero state esaminate tre radiografie, necessarie per verificare la lunghezza e la posizione dei mezzi di sintesi, le viti erano state collocate erroneamente, posto che la punta era andata al di là del bordo articolare dell’epifisi avvicinandosi alla superficie glenoidea; sebbene tale errore di posizionamento emergesse nelle radiografie effettuate l’11 settembre ed il 12 ottobre dello stesso anno, il fatto non era menzionato nella cartella clinica e nessun riferimento era riportato nei referti radiografici; dopo alcuni contrastanti pareri resi dai medici del Policlinico San Marco, avevano deciso di rivolgersi presso la clinica ortopedica dell’Ospedale Borgo Roma di Verona, dove in data 10.11.1998 la minore era sottoposta ad intervento di riposizionamento delle viti e di epifisiodesi a destra al fine di evitare una crescita disarmonica dei segmenti ossei femorali; in data 2.12.1998, a causa di un cedimento muscolare della gamba destra dovuto all’indebolimento per il recente intervento, la minore subiva una frattura al femore destro ed era sottoposta il 7.12.1998 ad un terzo intervento; tra il 12 marzo ed il 14 aprile del 1999 la minore si sottoponeva a cure riabilitative presso il Policlinico San Marco a causa di un deficit di forza agli arti inferiori e della deambulazione, era poi nuovamente ricoverata dal 3 al 9 novembre 1999 per la rimozione dei mezzi di sintesi ed ancora tra il 10 ed il 25 gennaio 2001 si sottoponeva in condizione di ricovero ad un ciclo di FKT presso lo stesso Policlinico;

nel frattempo nel marzo 2000 la minore aveva ripreso un trattamento terapeutico di sostegno presso il servizio di neuropsichiatria infantile dell'A.U.L.S.S. 12 a causa di una vulnerabilità emotiva e comportamentale insorta in relazione alla difficoltà di accettare un'immagine di sé sentita come fragile e problematica; l'erroneo intervento, come rilevato dal c.t.u. nominato dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Venezia e dal proprio c.t.p. prof. S., aveva provocato non solo un prolungamento della malattia di cinque mesi, ma anche una perdita della validità fisica del 15-16%, cui si sarebbe dovuta aggiungere la sofferenza ulteriore connessa ai successivi interventi e lo stato di prostrazione derivante dalla percezione dello stato di immobilità e dalle vistose cicatrici, ormai non più emendabili; a queste poste di danno si sarebbe dovuto aggiungere il pregiudizio patito dai genitori in proprio impegnati nell'accompagnamento della figlia per le visite, gli interventi, le degenze ospedaliere anche in Verona.

Tanto premesso, gli attori convenivano dinanzi al Tribunale di Venezia il dr. G. C., il Policlinico San Marco s.p.a. e l'A.U.L.S.S. 12 Veneziana, per la condanna in solido al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali nella misura di Euro 50.000.

Si costituiva il Policlinico San Marco s.p.a. e resisteva alla domanda svolta. Deduceva la convenuta che la piccola E. era stata ricoverata l'8.9.98 alle ore 8.54 presso il reparto ortopedico per una epifisiolisi traumatica dell'anca sx e alle ore 15.00 operata per la lesione con osteosintesi a mezzo di due viti da spongiosa a filetto corto passante dal trochantere al limite superiore della testa del femore, sotto controllo con "amplificatore di brillantezza"; dopo 6 giorni, fatti i controlli anche radiografici del caso, allo stato non più disponibili, la minore era dimessa con prescrizione di deambulazione con stampelle senza carico sull'arto operato e di presentarsi ai prescritti controlli ambulatoriali; il 18 settembre, rimossi i punti di sutura dalla cicatrice chirurgica, erano date indicazioni per esercizi di potenziamento muscolare; il controllo radiografico del 12.10.98 successivo mostrerebbe una lieve procidenza delle punte delle viti ma non certo di entità tale da imporre una revisione; il prescritto nuovo controllo a distanza di due mesi sembra quindi corretto, in conformità ai protocolli seguiti nei casi a evoluzione regolare.

Assumeva la convenuta che non ricorreva alcun "grossolano errore tecnico" sia esecutivo che di omesso intervento di revisione, posto che la testa del femore di un bambino è ricoperta da uno spesso strato di cartilagine di rivestimento, non visibile ovviamente ai raggi x, ma che tuttavia contiene la punta di una vite così che non possa derivare danno alcuno, tanto che sotto il profilo funzionale già i consulenti del P.M. non avevano accertato alcunché che dimostrasse l'esistenza di esiti rilevanti.

La convenuta contestava, ad ogni modo, l'ambito dei pregiudizi esposti, soprattutto in relazione ai pretesi danni di natura psicologica non riconducibili sul piano causale all'unico intervento eseguito presso la propria struttura.

Si costituiva l'A.U.L.S.S. 12 Veneziana e resisteva alla domanda svolta. Notava la convenuta che il Policlinico San Marco, indicato dagli attori come "presidio

ospedaliero dell'U.L.S.S. 12 Terraferma", come peraltro si legge nell'intestazione dei certificati e delle cartelle cliniche, non aveva alcun legame giuridico con l'A.U.L.S.S. 12 Veneziana, né tantomeno con l'U.L.S.S. 12 Terraferma (Veneziana), ente ormai cessato per la ben nota legislazione, o con la gestione liquidatoria a quest'ultima subentrata.

Per converso, il Policlinico San Marco s.p.a. gode di un particolare collegamento di "accreditamento" con la Regione del Veneto in quanto, pur essendo una società privata non facente parte del Servizio Sanitario Nazionale, a differenza delle U.L.S.S., fino a che esistevano e poi delle nuove Aziende, dalla loro successiva costituzione, con D.D.G.R. n. 301/1996 e 749/1996 sono stati approvati gli elenchi di strutture ambulatoriali od ospedaliere, o di case di cura private, autorizzando le stesse ad erogare prestazioni specialistiche sia ambulatoriali che di diagnosi e cura. Il riferimento all'U.L.S.S. 12 da parte di questi soggetti "accreditati" dalla Regione, proseguiva la convenuta, era meramente territoriale o logistico, non già di collegamento giuridico o di legame organico, od altro. Concludeva la convenuta per la dichiarazione del proprio difetto di legittimazione passiva.

Radicato il contraddittorio, all'esito dell'udienza di prima comparizione, previa declaratoria di contumacia del convenuto C., erano concessi i termini per il deposito di memorie ai fini di cui all'art. 180, comma 2, c.p.c. A seguito di istruttoria documentale, disposta C.T.U., la causa era trattenuta in decisione sulle conclusioni epigrafate all'udienza del 25.11.2005, previa concessione dei termini per il deposito degli atti ex art. 190 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) La domanda è fondata per le ragioni di seguito indicate. Osserva il giudice come il problema oggi in esame, sul presupposto della radice comune della responsabilità della struttura e del medico dipendente, debba essere riguardato alla stregua della conformità, o no, dell'operato di quest'ultimo al livello di diligenza comunemente osservato nel settore specialistico di appartenenza (fermo restando che la struttura può essere chiamata a rispondere al cospetto di un danno rimasto anonimo cfr. Cass. 21-01-2000, n. 632, sempre che sia provato il nesso di causa tra le lesioni patite e l'insieme delle prestazioni ricevute), non potendosi spingere la dimostrazione della non imputabilità del medico inadempimento, in termini di intervenuto peggioramento dello stato di salute, fino alla dimostrazione in positivo di uno specifico accadimento positivo estraneo alla sfera del debitore.

Quand'anche si volesse seguire l'orientamento inaugurato (o meglio riportato in auge) da Corte d'Appello di Venezia 16.6.2005 (in aperto contrasto con Cass. 589/1999, in Danno e resp., 2006, 293) a proposito della persistente natura extracontrattuale della responsabilità del medico, la questione non muterebbe, perché comunque gli attori hanno provveduto ad allegare il profilo di colpa a carico del

sanitario oggi convenuto, sebbene rimanga sullo sfondo l'incoerenza del sistema che finisce per imporre rispetto allo stesso fatto un regime differenziato sul piano dell'allegazione e della ripartizione dell'onere della prova, sì da far rimpiangere il sistema transtipico elaborato a livello pretorio a partire da Cass. 1978/6141 basato sulla presunzione di responsabilità quando l'aggravamento dello stato di salute o l'insorgenza di una nuova patologia si inserisca nell'ambito di un intervento e/o trattamento di facile esecuzione.

Ad ogni modo la dialettica processuale si è per l'appunto concentrata anche sul tema dell'adeguatezza, o non, dell'operato del C. rispetto ai protocolli approntati dalle società scientifiche, non senza considerare che su questo piano la valutazione deve essere effettuata sulla base delle conoscenze e delle pratiche diffuse all'epoca dei fatti di causa.

Ritiene il giudicante di dover condividere appieno la relazione del consulente tecnico d'ufficio, il cui contenuto, espresso con motivazione adeguata, perché sorretta da argomentazioni piane e convincenti, oltre che prive di incoerenze narrative, deve intendersi pienamente richiamato in questa sede, tanto più che nessuna osservazione alle conclusioni della c.t.u. è stata fatta tempestivamente dalle parti in epoca successiva al deposito.

Nella relazione del c.t.u. dott. V. (specialista in ortopedia e traumatologia ed operante presso la Clinica Ortopedica dell'Università di Bologna – Istituto Ortopedico Rizzoli), dopo la disamina degli interventi ai quali fu sottoposta la minore, a partire da quello oggetto di causa, si legge che "F.E. nell'occorso in esame fu sottoposta a successivi interventi chirurgici a carico di entrambe le anche; per quanto concerne l'anca di sinistra è sicuramente ravvisabile una responsabilità dei Chirurghi a causa della evidente eccessiva lunghezza delle viti che sporgevano in articolazione, tanto da rendere necessario un ulteriore intervento chirurgico per la rimozione e sostituzione delle stesse."

A causa dell'errata esecuzione del primo intervento, ossia quello alla base della presente controversia, si legge ancora nella relazione del c.t.u. "si è reso necessario un secondo intervento e si è protratto colpevolmente il periodo di malattia. Per quanto riguarda invece l'infortunio riportato all'anca dx nulla è da ascrivere alla responsabilità dei curanti, in quanto si è trattato di un incidente occorso nel periodo della convalescenza che in nulla ha a che vedere con il trattamento chirurgico: è risaputo infatti che durante il periodo postoperatorio il carico è proscritto sull'arto operato ed è affidato all'arto controlaterale. Risulta così normale che l'arto operato non sia da considerarsi "affidabile" e debba essere protetto con 2 antibrachiali (stampelle) per due motivi: per impedire che sia sottoposto al carico e per assicurare al paziente il dovuto equilibrio. Il ricorso ad un secondo intervento di epifisiodesi in questo caso non ha peggiorato le suddette condizioni al punto da poter neppur lontanamente immaginare che abbia influito nel determinismo del successivo infortunio, che si sarebbe potuto verificare nel periodo post-operatorio con le medesime caratteristiche e la medesima probabilità anche se l'intervento chirurgico fosse stato solo uno."

Nel rispondere agli articolati quesiti il consulente ha precisato che il caso sottoposto all'attenzione dei sanitari del Policlinico San Marco (nella specie, epifisiolisi femorale) non presentava particolare gravità, pur richiedendo un trattamento necessariamente di tipo chirurgico (epifisiodesi sx), problematiche diagnostiche ed esecutive di particolare o speciale difficoltà, né sono sopravvenute complicanze o altre forme morbose.

Nel passare alla parte valutativa dell'operato del sanitario, il consulente ha evidenziato che "nel corso del ricovero presso la struttura convenuta la paziente è stata sottoposta ai necessari accertamenti nel periodo pre e post operatorio e a controlli durante l'intervento chirurgico di epifisiodesi a sx. Detti accertamenti secondo le normali consuetudini e conoscenze mediche specialistiche avrebbero permesso un corretto trattamento della patologia in atto e, nel caso specifico, ponevano anche indicazione, in subordine, a successivo trattamento per la rimozione-sostituzione dei mezzi di sintesi che invece non fu eseguita nei tempi dovuti. Pertanto sicura è da ravvisare una condotta professionale inadeguata caratterizzata da imperizia professionale dei Chirurghi nella scelta della lunghezza delle viti e da una negligenza riferibile ad una mancata sostituzione intraoperatoria delle stesse pur essendone stata ravvisata una incongrua lunghezza."

Dall'inadeguato trattamento sono stati ritenuti conseguenti: a) un prolungamento dei tempi di malattia; b) il ricorso ad un secondo intervento; c) una modesta maggiore limitazione funzionale dell'anca di sinistra; d) maggiori esiti cicatriziali.

2) L'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'A.U.L.S.S. 12 Veneziana deve essere disattesa. In sintesi sostiene la convenuta, premessa l'intervenuta costituzione *ex lege* dopo la soppressione delle precedenti USL, di non avere alcun collegamento giuridico con il Policlinico San Marco s.p.a., che altro non è che se non una struttura privata accreditata giusta delibera della Giunta Regionale per il Veneto ed autorizzata ad erogare prestazioni specialistiche sia ambulatoriali che di diagnosi e cura.

Osserva il giudicante che a partire dal D.leg. 502/92 30 dicembre 1992, n.502 (emanato in base alla legge n. 421 del 1992, di delega per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego e di finanza territoriale) è stato realizzato il riordinamento delle discipline in materia sanitaria, con la soppressione delle ulss e l'istituzione delle aziende unità sanitarie locali, aventi natura di enti strumentali della Regione, dotati di personalità giuridica pubblica, di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica (art. 3).

In questo contesto, il sistema del convenzionamento previsto dalla l. 833/78 è stato sostituito da quello dell'accreditamento con l'ambizioso obiettivo di assicurare all'utente la piena libertà di scelta fra strutture pubbliche e private, che siano in possesso dei requisiti minimi richiesti dalla legge ed abbiano accettato il sistema della remunerazione a prestazione. Infatti, l'art. 8 *bis* del D.Leg. 502/92 stabilisce che "1. Le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui

all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8- quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-quinquies. 2. I cittadini esercitano la libera scelta del luogo di cura e dei professionisti nell'ambito dei soggetti accreditati con cui siano stati definiti appositi accordi contrattuali. L'accesso ai servizi è subordinato all'apposita prescrizione, proposta o richiesta compilata sul modulario del Servizio sanitario nazionale.”

Da tanto deriva, fermo restando che l'erogazione delle prestazioni è subordinata ad apposita prescrizione, la libertà di scelta della struttura sanitaria accreditata cui rivolgersi (il cui rapporto con l'amministrazione è inquadrabile nell'ambito della concessione di un pubblico servizio, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10-11-2003, n. 7188), sicché il privato assistito, ottenuta la necessaria prescrizione, ha un vero e proprio diritto soggettivo alla libera scelta (cfr. Cass. [ord.], sez. un., 12-12-2001, n. 15717).

Considerato che in base all'art. 1 D.leg. “La tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti ed istituzioni di rilievo nazionale, nell'ambito dei conferimenti previsti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché delle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto.”, l'unitarietà del servizio sanitario fa sì che anche le prestazioni rese nell'ambito di una struttura accreditata possano essere imputate ai sensi dell'art. 1228 c.c. all'azienda sanitaria, nel cui circondario la prima operi, poiché il soggetto accreditato eroga un trattamento, dietro prestazione, nell'ambito dello stesso sistema sottoposto a concorrenza amministrata.

3) Gli attori a seguito dell'evento oggetto di causa reclamano quest'oggi il risarcimento del danno alla persona subito dalla minore, sia in relazione a quello che, a partire da Corte cost. 184/86, è definito come danno evento (categoria, tuttavia, oggetto di rimediazione da parte del Supremo collegio, cfr. Cass. 4-11-2003, n. 16525; 20-02-2004, n. 3399), ossia il danno biologico, da intendersi in senso lato come la compromissione delle attività realizzatrici della persona umana che si verifica, quale effetto autonomo e prioritario rispetto alle perdite economiche o ai mancati guadagni, in conseguenza di menomazioni dell'integrità psico-fisica, sia in relazione al c.d. danno conseguenza di natura morale e patrimoniale.

In ordine al danno biologico questo giudicante non può che riportarsi alla relazione del consulente tecnico d'ufficio, il cui contenuto, espresso con motivazione adeguata, perché sorretta da argomentazioni piane e convincenti, oltre che prive di incoerenze argomentative, deve intendersi pienamente richiamato in questa sede (cfr. Cass. 26-04-1999, n. 4138), tanto più che, come già detto, nessuna osservazione in merito al pregiudizio alla validità psico-fisica è stata fatta tempestivamente dalle parti.

Al riguardo il c.t.u. ha ritenuto che “la maggiore invalidità permanente come danno biologico è da valutare nella misura del 7% (sette per cento) attribuibile all’errore tecnico nella lunghezza delle viti che non ha procurato di per sé un particolare danno locale, ma ha reso necessario un ulteriore insulto chirurgico con formazione di maggiore tessuto fibrocicatriziale interno e di maggiori e più vistosi esiti cicatriziali cutanei. Il maggior danno quindi non si è avuto tanto sull’organo operato, quanto per il ripetuto insulto chirurgico e per gli inevitabili maggiori esiti cicatriziali interni ed esterni. Tutto ciò può aver influito e potrebbe influenzare negativamente la paziente in un futuro più sotto il profilo emotivo che non sotto quello della mera funzionalità fisica, che, ripeto, è stata solo minimamente peggiorata dalla vicenda in esame.” Profilo, quest’ultimo, che in considerazione dell’età della minore e della necessità di sottoporsi a breve distanza di tempo ad un secondo intervento, ben giustifica un appesantimento del punto del 30%, al fine di provvedere a quell’adeguamento al caso concreto, partendo dall’uniformità pecuniaria di base.”

In considerazione di quanto sopra, si ritiene equo e conforme a giustizia determinare ai valori attuali in Euro 15.742,79 l’entità del risarcimento spettante a titolo di danno biologico permanente alla stregua dei parametri più volte indicati ed adottati dal Tribunale di Venezia, indicando il valore del punto in Euro 2.248,97 (percentuale di invalidità 7 % - età - 11 anni - e natura dei postumi v. tabelle del Tribunale di Venezia attualizzate al 2005), nonché dell’includibile valutazione equitativa.

Va da sé che, alla luce della configurazione del danno biologico alla stregua dell’apporto pretorio, quale pregiudizio al bene salute da liquidarsi sulla base di uniformità pecuniaria di base, non scivola dalla flessibilizzazione legata al caso concreto, il pregiudizio estetico non è valorizzabile autonomamente, trattandosi di una voce di danno, in precedenza riconosciuta nell’ambito del danno alla persona, ma ormai da qualche lustro riassorbita nel danno biologico.

Con riguardo alla compromissione psico-fisica per il periodo di inabilità temporanea, va inoltre liquidato, sempre ai valori attuali quale danno biologico temporaneo l’importo di Euro 2.432,25 (Euro 34.50 X 60 giorni di ITT; Euro 17,25 X 21 giorni di ITP al 50%).

In ragione della rilevanza penalistica del fatto in esame e della colpa in concreto del convenuto, a titolo di danno non patrimoniale (morale soggettivo) deve essere liquidata, sempre ai valori attuali, la somma di Euro 7.270,01 pari il 40 % del biologico secondo

i consueti parametri tabellari, assumendo un livello di sofferenza di grado medio (cfr. la relazione del c.t.u. pag. 7), considerato il prolungamento dello stato di sofferenza e la necessità di sottoporsi ad ulteriori controlli e ad un secondo intervento chirurgico. Anche di tale posta di danno le strutture convenute, per l’ambito della rispettiva competenza, devono essere chiamate a rispondere quali responsabili dirette del fatto del proprio ausiliario ex art.

1228 c.c.

La genericità dei dati contenuti nella relazione a firma della dr. Z. (cfr. doc. 4 del fascicolo attoreo), dove si parla di “*trattamento terapeutico di sostegno per dif-*

ficoltà evolutive legate alla fase di passaggio maturativi” svolto tra novembre 1997 e marzo 1998, ma ripreso nel marzo del 2000 e poi concluso nell’estate dello stesso anno, non consente di stabilire alcuna possibile correlazione con i fatti di causa, tanto più che la ripresa “*si è resa necessaria in quanto E. presentava una vulnerabilità emotiva e comportamentale insorta in relazione alla difficoltà di accettare un’immagine di sé, sentita fragile e problematica*”. Ad ogni modo la mancata allegazione di elementi atti a raccordare lo stato di disagio della minore all’intervento oggetto di causa non permette in alcun modo di dare rilievo alla circostanza dedotta sul piano della valutazione del danno non patrimoniale, sia in termini di lesione alla salute anche solo di carattere temporanea, sia in termini di sofferenza interna.

A titolo di danno emergente, tenuto conto della valutazione di congruità effettuata dal c.t.u. e dell’inevitabile valutazione equitativa, per spese mediche, visite specialistiche e per trasferte connesse all’effettuazione dell’intervento di emenda, deve essere liquidata ai valori attuali la somma di Euro 2.600.

Osserva al riguardo il giudicante che nell’atto introduttivo gli attori nel prospettare il danno subito in proprio hanno richiesto il ristoro della perdita del tempo necessario per accompagnare la minore alle frequenti visite, alle sedute riabilitative e per assisterla durante le degenze ospedaliere. Ora non v’è dubbio che nei limiti di quanto evidenziato dal c.t.u., dopo l’intervento dell’8.9.1998 si è reso necessario per gli attori un ulteriore dispendio di energie e di tempo per sottoporre la figlia a controlli specialistici e per l’esecuzione del secondo intervento. Quello che *in nuce* poteva essere ascritto al piano del danno non patrimoniale di tipo esistenziale (o comunque in grado di trovare ristoro nell’ambito di quanto indicato da Cass. Sez. un. 1°7.2002, n. 9556), in termini di stravolgimento delle normali abitudini di vita e lavorative al fine di prestare assistenza alla figlia, è rimasto sul piano dell’allegazione privo di una più concreta indicazione, quantomeno dell’entità del tempo occorso. Parametro, quest’ultimo, che, opportunamente integrato con l’enunciazione di elementi a proposito del lavoro svolto dai coniugi e della loro produttività al margine, avrebbe permesso il ricorso sul piano della liquidazione alla tecnica del costo opportunità.

Sta di fatto che, la scarsità dell’allegazione, fa sì che di tale posta di danno si possa tenere conto solo sul piano del danno patrimoniale, *sub specie* di danno emergente per i soli costi correlabili ai trasferimenti.

I danni patiti dalla minore e, nei limiti esposti, dagli attori, pertanto, possono essere liquidati in complessivi Euro 28.045,05. Da tale importo, tuttavia, deve essere detratto l’acconto attualizzato di Euro 10.518,52 versato il 30.10.2003, sì che residua dovuto l’importo di Euro 17.526,53. Su tale importo, inoltre, saranno dovuti gli interessi al tasso legale dalla presente sentenza al saldo.

Osserva il giudicante come la liquidazione del danno alla persona ai valori attuali e la rivalutazione del danno patrimoniale sia in grado di ripristinare, sia pure in forma di equivalente pecuniario, il valore spettante al creditore. Infatti, come da tempo rilevato dalla Cassazione nell’ambito dei debiti valore non è possibile provvedere al computo degli interessi sul capitale interamente rivalutato, posto che così

facendo si finisce per attribuire il corrispettivo per la tardiva erogazione del dovuto (evitando che di tale ritardo possa avvantaggiarsi il debitore lucrando interessi o evitando gli oneri connessi al ricorso al mercato del credito), ossia gli interessi comunemente denominati compensativi, su un valore affatto diverso da quello da ripristinare, dovendo per contro farsi riferimento alla somma via via rivalutata di anno in anno (cfr. Cass. 28-11-1995, n. 12304; sez. un., 17-2-1995, n. 1712; 20-6-1990, n. 6209).

Sta di fatto che negli interventi più recenti la Cassazione, nel rimarcare la distinzione sul piano funzionale tra rivalutazione ed interessi, ha evidenziato che, in assenza di allegazione e di prova, sia pure mediante il ricorso ad elementi di carattere presuntivo, in ordine al pregiudizio derivante dalla tardiva disponibilità del dovuto rispetto al tasso di svalutazione della moneta, non è possibile riconoscere gli interessi, che costituiscono una mera modalità liquidatoria del danno da lucro cessante. Da tanto discende che in assenza di allegazione circa il divario tra redditività media del denaro e tasso di svalutazione nel periodo in considerazione non sarà possibile riconoscere in via automatica gli interessi in aggiunta alla già disposta rivalutazione del credito (cfr. Cass. 22.10.2004, n. 2059; 25-08-2003, n. 12452).

Conclusivamente, si può affermare che non potendosi quest'oggi procedere al computo degli accessori sotto forma di interesse, data la mancanza di una specifica allegazione della parte nel senso appena esposto, non è più necessario devalutare quanto liquidato a titolo di danno alla persona con riferimento all'epoca del fatto.

Accertata la responsabilità dei convenuti in relazione ai fatti di causa, liquidati i danni patiti dagli attori in Euro 28.045,05 ai valori attuali, detratto l'acconto di Euro 10.518,52, C.

Giancarlo, il Policlinico San Marco s.p.a. e l'A.U.L.S.S. 12 Veneziana, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, devono essere condannati in solido al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, in favore di L.F.e A.T., in proprio e quali esercenti la potestà sulla figlia minore E., della somma di Euro 17.526,53, oltre gli interessi al tasso legale dalla presente sentenza al saldo.

Le spese di lite, liquidate come da dispositivo compresa quella per c.t.p., seguono la occorrenza.

Spese di c.t.u. a definitivo e solidale carico delle parti convenute.

Sentenza provvisoriamente esecutiva per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe riportata, respinta ogni altra domanda o eccezione, così provvede:

- 1) accertata la responsabilità dei convenuti in relazione ai fatti di causa, liquidati i danni patiti dagli attori in Euro 28.045,05 ai valori attuali e detratto l'acconto attualizzato di Euro 10.518,52, condanna in solido C. G., il Policlinico San Marco s.p.a. e l'A.U.L.S.S. 12 Veneziana, in persona dei rispettivi legali rappre-

- sentanti, al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, in favore di L.F.e A.T., in proprio e quali esercenti la potestà sulla figlia minore E., della somma di Euro 17.526,53, oltre gli interessi al tasso legale dalla presente sentenza al saldo;
- 2) condanna i convenuti alla rifusione solidale in favore degli attori delle spese di lite, liquidate in complessivi Euro 4.953,21, di cui Euro 413,21 per spese, Euro 1.540 per diritti, Euro 3.000 per onorari, oltre quella per c.t.p. documentata, IVA e CPA se dovuti per legge;
 - 3) spese di c.t.u. a definitivo e solidale carico dei convenuti;
 - 4) sentenza provvisoriamente esecutiva per legge.

Infine, risulta di particolare pregio anche la parte motiva della sentenza relativa alla quantificazione del danno biologico, comprensivo del danno esistenziale, e del danno morale non patrimoniale.