# Dialoghi

## del DIRITTO
## dell'AVVOCATURA
## della GIURISDIZIONE

CEDAM

RIVISTA TRIMESTRALE
N. 1 GENNAIO-MARZO 2013

*Hanno collaborato in questo numero:*

Aldo Bottini, avvocato del Foro di Milano

Roberta Brusegan, avvocato Ufficio legale Provincia di Venezia

Paola Dalla Valle, avvocato del Foro di Venezia

Antonio Franchini, avvocato del Foro di Venezia

Alessandro Rampinelli, avvocato del Foro di Venezia

RIVISTA TRIMESTRALE
N. 1 GENNAIO-MARZO 2013

# *Dialoghi*

## del DIRITTO
## dell'AVVOCATURA
## della GIURISDIZIONE

CEDAM

# INDICE

## Parte I
GIURISPRUDENZA

**Diritto civile**

La mancata consumazione nel matrimonio simulato: l'originaria invalidità preclude lo scioglimento del vincolo? (nota a Tribunale di Treviso, I sez. civile, sentenza 8 gennaio 2013) *di* Paola Dalla Valle . . . . . Pag. 3

La riforma Fornero. La disciplina dei licenziamenti «a tutela reale». Modifiche sostanziali e processuali *di* Aldo Bottini . . . . . » 19

«Protocollo» del TRIBUNALE DI VENEZIA – SEZIONE LAVORO sugli ASPETTI PROCESSUALI ED ORGANIZZATIVI NEL RITO SPECIALE DELL'ART. 1 L. N. 92 DEL 2012 (C.D. LEGGE FORNERO) . . . . . » 24

«Protocollo» del TRIBUNALE DI FIRENZE – SEZIONE LAVORO – IN ORDINE AL C.D. RITO FORNERO . . . . . » 27

**Diritto penale**

Corruzione e concussione dopo la Legge 190/12. Una prima analisi *di* Antonio Franchini . . . . . » 29

L. 190/12: la nuova struttura dei reati contro la Pubblica Amministrazione *di* Alessandro Rampinelli . . . . . » 35

**Diritto amministrativo**

Criteri interpretativi inerenti il divieto di commissione tra offerta tecnica e offerta economica negli appalti ad offerta economicamente più vantaggiosa (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 22 novembre 2012, n. 5928) *di* Roberta Brusegan . . . . . » 43

# PARTE PRIMA
# *Giurisprudenza*

# Diritto civile

Tribunale di Treviso, I sez. civile – sentenza 8 gennaio 2013 – Pres. Ronzani – Rel. Cusumano – R.R. (avv.ti Chiara Menegon e Daniele Raccanello) c. L.S.R. (cont.)

**Matrimonio simulato - Scioglimento per inconsumazione ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett. *F*, l. 898/70 - Ammissibilità.**

**Scioglimento del matrimonio simulato per inconsumazione - *Vulnus* all'interesse pubblicistico a contrastare i matrimoni simulati - Insussistenza.**

**Inammissibilità dello scioglimento per inconsumazione del matrimonio simulato - Conseguente persistenza a fini sanzionatori del vincolo matrimoniale simulato - Contrasto con il diritto dei coniugi di riottenere la rimozione di un rapporto coniugale fittizio - Sussistenza.**

**Scioglimento del matrimonio per inconsumazione - Prova dell'inconsumazione - Prova indiziaria rappresentata da testimonianze *de relato ex latere actoris* - Ammissibilità e rilevanza - Sussistenza.**

*Può essere dichiarato sciolto ai sensi dell'art. 3, n. 2, lett.* f*), della legge sul divorzio anche il matrimonio in cui la mancata consumazione sia effetto di convenzione simulatoria intervenuta tra i coniugi i quali abbiano contratto il vincolo esclusivamente per scopi estranei alla natura del matrimonio, e ciò indipendentemente dal fatto che sia decorso il termine annuale di decadenza previsto dall'art. 123 c.c. per la declaratoria di nullità del matrimonio simulato.*

*Né la possibilità di esperire il rimedio dello scioglimento del vincolo matrimoniale in presenza di simulazione può dirsi elisa in virtù dell'interesse, di carattere pubblicistico, a contrastare i cosiddetti matrimoni fraudolenti in quanto la reazione sanzionatoria dell'ordinamento giuridico non può che attenere alle (eventualmente) riprovabili ragioni rintracciabili sullo sfondo del matrimonio simulato, non già al matrimonio simulato in quanto tale che finirebbe col venire conservato a fini sanzionatori in contrasto con il diritto delle parti di riottenere la rimozione di un rapporto coniugale che, in realtà, è soltanto fittizio. Acclarata l'ammissibilità della domanda questa va accolta in presenza di un esauriente quadro probatorio che può essere anche*

*essere di natura indiziaria e nel quale vanno annoverate anche le testimonianze* de relato ex latere actoris.

(*...omissis...*)

Con ricorso depositato il 19.5.2010, il sig. R.R. adiva l'intestato Tribunale affinché fosse pronunciato lo scioglimento del matrimonio contratto con la sig.ra L.S.R. in data 12.4.2001 nel comune di *** (TV), per sua inconsumazione *ex* art. 3, n. 2 lett. *f*) L. n. 898/70.

Asseriva il R.R. come l'inconsumazione fosse stata l'effetto della precipua convenzione stretta dai contraenti le nozze, che erano addivenuti alle stesse al solo fine di far conseguire alla Sig.ra L.S.R. la cittadinanza italiana, in cambio del versamento di denaro in favore del R.R.

I repertori di giurisprudenza registrano una varietà relativamente abbondante di ipotesi in cui il matrimonio è stato celebrato a fini estranei alla sua natura, con l'accordo di non viverne il rapporto, e quindi anche con l'intesa di non consumarlo.

Si spazia dal caso in cui la celebrazione è soltanto preordinata all'acquisto della nostra cittadinanza [Trib. Prato, 17.6.1987, in *Dir. famiglia*, 1988, 342 ss.; App. Firenze, 22.8.1988, in *Dir. famiglia*, 1989, 629 ss.], a quello in cui si vuole offrire alla donna un'adeguata sistemazione economica [Trib. Palermo, 10.11.1990, in *Dir. famiglia*, 1991, 1007 ss.], a quello di predisporre un mezzo che consenta l'espatrio da un paese straniero [Trib. Milano, 6.7.1978, in *Dir. fam. e persone*, 1979, 113 ss.]. Numerose altre fattispecie sono rintracciabili nella prassi.

Nei casi di mancata consumazione di un matrimonio contratto in virtù di un accordo simulatorio tra coniugi, la giurisprudenza di merito maggioritaria è orientata nel senso di consentire agli sposi la scelta tra l'esperimento dell'azione *de qua* ovvero di quella prevista dall'art. 123 c.c. (*ex alteris*, Corte di Appello di Firenze del 22 agosto 1988; Tribunale di Salerno con sent. n. 1909 del 2007).

Vero è che la fattispecie concreta dell'avvenuta stipulazione di un matrimonio con «*l'accordo di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti*» è regolata all'art. 123 c.c., rubricato come «simulazione».

Tuttavia, ove sia mancata la consumazione dopo la celebrazione del matrimonio, in omaggio all'accordo di non vivere il rapporto coniugale, risulta integrata la fattispecie contemplata dall'art. 3, n. 2, lettera *f*), l. divorzio, alla quale spesso, invero, si fa ricorso quando diventi impraticabile il rimedio contemplato dall'art. 123 c.c., a ragione della decadenza dalla relativa azione, in conseguenza dello spirare del termine previsto dalla norma affidata al suo capoverso.

Fatta salva, infatti, qualche decisione giudiziale che statuisce il contrario [Trib. Palermo, 10.11.1990, cit.; Trib. Prato, 17.6.1987], si ammette che l'inconsumazione, purché debitamente accertata, possa fondare la pronunzia di scioglimento, o di cessazione degli effetti civili, del matrimonio simulato.

Il giudice potrà pronunziare, in questo caso, lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, alla luce di un esauriente materiale probatorio, che convinca e dell'accordo simulatorio e del fatto, effettivo, dell'inconsumazione (e ciò perché la sola prova della celebrazione di un matrimonio simulato darebbe la mera attestazione dell'accordo di non vivere i diritti e i doveri coniugali, ma non, necessariamente, del rispetto del relativo patto).

Si è affermato, in tal modo, il convincimento secondo cui il rimedio dello scioglimento del matrimonio, per pronunzia giudiziale, non può mai essere negato ove sia dimostrata la sussistenza di una delle cause tassativamente contemplate dall'art. 3 l. divorzio.

Né la possibilità di esperire il rimedio dello scioglimento del vincolo matrimoniale in presenza di simulazione può dirsi elisa in virtù dell'interesse, di carattere pubblicistico, a contrastare i cosiddetti matrimoni fraudolenti. Si consideri, invero, che in relazione, ad esempio, al matrimonio contratto al fine di eludere norme di rilevanza pubblicistica, quali sono quelle in materia di immigrazione o di cittadinanza, l'ordinamento giuridico reagisce con varietà di strumenti, financo di natura penalistica.

La reazione sanzionatoria dell'ordinamento giuridico, dunque, non può che attenere alle (eventualmente) riprovabili ragioni, che possono essere rintracciate sullo sfondo del matrimonio simulato, non già al matrimonio simulato in quanto tale.

Ove si precludesse lo scioglimento del matrimonio per sentenza giudiziale, fondato sull'ipotesi contemplata dall'art. 3, n. 2, lett. *f*), l. divorzio, si perverrebbe ad un esito assai grave e, alla luce della normativa vigente, ingiustificato, vale a dire alla coattiva, sanzionante, stabilizzazione di un rapporto coniugale finto, per la cui cessazione dovrebbe attendersi o la morte d'uno dei coniugi, o, almeno, lo scioglimento fondato sulla loro separazione personale, protratta per il lungo tempo stabilito dalla legge.

Addirittura, ove si volesse dar seguito alla giurisprudenza secondo cui i casi di scioglimento del matrimonio sono relativi soltanto a matrimoni validamente celebrati, sicché i matrimoni invalidi, fra i quali è quello simulato, possono soltanto conoscere le relative azioni di annullamento (purché ricorrano tutti i presupposti e le condizioni di legge, fra le quali vanno ricordate quelle previste dall'art. 123 c.c.), potrebbe pervenirsi alla grave conclusione di lasciare indefinitamente in vigore – vale a dire sino alla morte di uno dei coniugi – il rapporto matrimoniale simulato.

L'opinione più diffusa è invece nel senso che l'ordinamento giuridico debba sì riprovare e, soprattutto, rendere effettiva la sanzione prescelta in ordine alle situazioni che, non di rado, sono rintracciabili sullo sfondo del matrimonio simulato, ma non può certo ammettere la persistenza, per di più a fini sanzionatori, del vincolo di coniugio, ove i contraenti il matrimonio simulato vogliano riottenere, attraverso il suo scioglimento, la libertà di stato e, soprattutto, la rimozione di un rapporto coniugale che, in realtà, è soltanto fittizio.

Alla luce di tutto quanto fin qui illustrato sussistono – a parere del Collegio – i presupposti di ammissibilità della domanda.

Nel merito, va detto che le prove orali escusse hanno inequivocabilmente dato contezza di come non vi sia mai stata, tra i coniugi, alcuna autentica *affectio*, oltre che alcuna seria e concreta condivisione del progetto comune di vita assieme, e di come non vi sia mai stata nemmeno l'occasione per consumare il matrimonio.

Precisamente, all'esito della prova orale assunta nel corso del procedimento è emerso in maniera evidente come il matrimonio contratto dai sigg.ri R.R. e L.S.R. non solo non sia mai stato consumato, ma sia stato anche dagli stessi contratto al solo fine di far ottenere alla sig.ra L.S.R., in cambio di denaro, la cittadinanza italiana (cfr. teste A.M., amico del ricorrente).

Il denaro sarebbe servito al R.R. per procurarsi sostanze psicotrope all'uso delle quali il medesimo era, all'epoca dei fatti, assuefatto (cfr. deposizioni dei testi W.R. ed E.R., rispettivamente fratello e padre del ricorrente).

Il fratello del ricorrente, Sig. W.R., ha riferito di non aver mai visto l'odierna resistente, ed ha aggiunto come in famiglia si fosse saputo del matrimonio solo a seguito di un accertamento effettuato presso il Municipio di *** (accertamento in occasione del quale il funzionario del Comune aveva detto che in dieci minuti era stato fatto tutto).

Sono stati sentiti come testi anche i testimoni di nozze, sigg.ri P.F. e G.R.G., amici della sig.ra L.S.R.

Costoro hanno dichiarato di non aver mai visto il R.R. prima del giorno delle nozze, e di essere stati contattati circa quindici giorni prima dell'evento dalla sig.ra L.S.R., con la richiesta di presenziare al matrimonio a titolo di favore personale; gli stessi non hanno nemmeno saputo riferire a quale dei due «coniugi» avessero fatto, separatamente, da testimoni.

Il F. ha riferito come dal giorno del matrimonio non ebbe più a rivedere l'odierno ricorrente, benché più volte la Sig.ra L.S.R. fosse andata a fargli visita presso la sua abitazione. La G., dal canto suo, ha aggiunto che la L.S.R., dopo il matrimonio, rimase residente a +++, nell'appartamento ove conviveva con il figlio, continuando a lavorare come donna delle pulizie.

Quanto al R.R., è documentato agli atti come, subito dopo le nozze, fu ricoverato per lungo tempo presso una comunità di recupero di tossicodipendenti.

In merito al valore delle testimonianze assunte, l'orientamento interpretativo consolidato è quello di ritenere che della mancata consumazione possa essere data qualunque genere di prova, anche indiziaria, purché dotata dei requisiti di gravità, precisione e concordanza *ex* art. 2729 c.c.

Nello specifico, la Suprema Corte ha stabilito che tra gli indizi vadano in materia sicuramente annoverate – dovendosi dare dimostrazione di comportamenti intimi e riservati delle parti, insuscettibili di percezione diretta dai testimoni – anche le testimonianze *de relato ex latere actoris*, che possono concorrere a determinare il convincimento del giudice quando siano valutate in relazione a diverse altre circostanze obiettive e soggettive, nonché ad altre risultanze probatorie che ne suffraghino il contenuto (Cassazione civile, sez. I, 8/2/2006, n. 2815).

Nel caso di specie le testimonianze raccolte, in uno con la documentazione allegata agli atti, comprovante lo stato di salute del ricorrente all'epoca dei fatti, concorrono a delineare un quadro di elementi di valutazione tali da consentire l'accoglimento della domanda.

Di evidente rilievo anche il comportamento processuale della sig.ra L.S.R. che, pur avendo ricevuto gli atti del presente giudizio (il ricorso introduttivo le è stato notificato addirittura a mani) con la dettagliata descrizione dei fatti posti alla base della richiesta di scioglimento del vincolo matrimoniale, non si è costituita in giudizio.

La mancata costituzione della sig.ra L.S.R., dunque, deve senz'altro essere interpretata come volontà della stessa di non contestare le domande ed i fatti spiegati dal sig. R.R. (cfr. Tribunale di Modena, 27.2.2004).

(*...omissis...*)

## LA MANCATA CONSUMAZIONE NEL MATRIMONIO SIMULATO: L'ORIGINARIA INVALIDITÀ PRECLUDE LO SCIOGLIMENTO DEL VINCOLO?

### 1. Il caso deciso

Il Tribunale di Treviso, con la sentenza in commento, ha deciso su una domanda di scioglimento del matrimonio ove il ricorrente, invocando la sussistenza della fattispecie di cui all'art. 3 n. 2 lett. *f*), aveva altresì allegato che la mancata consumazione del matrimonio era conseguenza dell'accordo simulatorio intercorso tra i coniugi all'epoca delle nozze, in verità celebrate al solo fine di far conseguire alla nubenda la cittadinanza italiana.

In pratica, era stata offerta e poi concretamente elargita al signor R.R. una somma di denaro in cambio della sua disponibilità ad addivenire a nozze con S.R.L., una straniera che aveva interesse a conseguire la cittadinanza italiana per effetto dell'applicazione della legge 5.2.1992, n. 91 (1).

(1) Tale legge prevede appunto, all'art. 5, che il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano può acquistare la cittadinanza italiana quando, dopo il matrimonio, risieda legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero, qualora, al momento dell'adozione del decreto ministeriale attributivo della cittadinanza (articolo 7, comma 1)

R.R. all'epoca dei fatti, come sarebbe emerso dall'istruttoria, aveva pressante bisogno di denaro in quanto dedito al consumo compulsivo di stupefacenti: aveva quindi di buon grado accettato l'offerta, celebrato il matrimonio con S.R.L. e incassato la somma.

Nel 2010, decorsi oltre 9 anni dalla celebrazione del matrimonio, senza che mai i due coniugi avessero convissuto o vi fosse comunque stata consumazione, R.R. ricorreva al Tribunale invocando lo scioglimento immediato del matrimonio per l'ipotesi di cui all'art. 3 n. 2 lett. *F)* che consente di addivenire alla elisione del vincolo senza necessità della pregiudiziale separazione personale protratta per il triennio.

Nel corso del giudizio, ove la resistente S.R.L. rimaneva contumace, venivano assunte svariate testimonianze introdotte dalla difesa di R.R. le quali consentivano di acclarare sia l'esistenza dell'originario patto simulatorio sia, presuntivamente, la mancata consumazione.

Gli amici della convenuta, testimoni di nozze, dichiaravano di non aver mai incontrato il ricorrente prima del giorno delle nozze alle quali era stato loro richiesto di presenziare e svolgere l'ufficio di testimone a titolo di favore personale e di non averlo successivamente più rivisto nonostante più volte la convenuta si fosse recata a far loro visita. Inoltre, vi era documentazione agli atti da cui risultava che subito dopo il matrimonio il ricorrente era stato per lungo tempo ricoverato in una comunità di recupero per tossicodipendenti.

Il Tribunale, nella sentenza conclusiva del giudizio, affronta anzitutto e problematicamente il tema dell'ammissibilità della domanda, ammissibilità che potrebbe essere revocata in dubbio, anche sulla scorta di alcuni precedenti giurisprudenziali in tema che i giudici si preoccupano di richiamare, a causa dell'originaria invalidità del matrimonio, in quanto simulatamente contratto.

Si annoverano infatti alcune pronunce di merito ove i giudici escludono di poter dichiarare sciolto per inconsumazione il matrimonio rispetto al quale l'incontro fisico tra i contraenti sia mancato in conseguenza dell'accordo reciproco e originario di non adempiere gli obblighi e di non esercitare i diritti che dal matrimonio derivano (2).

---

non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi.

(2) Si veda ad esempio T. Palermo 10 novembre 1990, in *Dir. Famiglia*, 1991, 1007 ove il profilo dell'inammissibilità è accentuato dalla circostanza che la domanda di divorzio, in quel caso, era stata presentata congiuntamente dai coniugi. Si veda anche T. Perugia 4 luglio 1996 in *Foro it.*, 1997, I, 3000 di nuovo per l'inammissibilità derivante dalla natura camerale del giudizio che si instaura sul ricorso per divorzio congiunto. T. Prato 17 giugno 1987 in *Dir. Famiglia*, 1988, 342 teorizza invece espressamente, in verità senza alcun valido appiglio nella lettera della legge, che l'inconsumazione rilevante ai sensi e per gli effetti di cui alla legge 898/70 possa essere soltanto quella che non sia stata preordinata dai coniugi.

L'ipotesi ermeneutica, ricostruibile sulla base delle sentenze che più drasticamente hanno escluso, per tali matrimoni, la possibilità di ricorrere al divorzio immediato, è che quest'ultimo sia strumento applicabile esclusivamente con riferimento ad un vincolo matrimoniale del quale sia *ab origine* predicabile la validità: potrebbe cioè essere sciolto soltanto il matrimonio validamente contratto.

In caso contrario, quando cioè la vicenda coniugale tragga origine da un patto simulatorio, l'unico rimedio esperibile sarebbe quello tipicamente previsto per la causa di nullità in questione, vale a dire l'azione prevista e disciplinata dall'art. 123 del codice civile finalizzata alla declaratoria di invalidità originaria del vincolo.

Una volta esaurita la possibilità di ricorrere a tale azione, per il maturare del breve termine decadenziale previsto, non resterebbe altra via d'uscita che lo scioglimento in esito a separazione protratta per la durata di cui al comma 4 dell'art. 3 della legge 898 ([3]).

## 2. La simulazione del matrimonio: art. 123 c.c.

Prima di verificare la congruità di questa conclusione, dalla quale il Tribunale di Treviso motivatamente si discosta, merita effettuare una rapida ma preliminare ricognizione in ordine all'istituto della simulazione del matrimonio, causa di invalidità ai sensi del richiamato disposto dell'art. 123 del codice civile il quale consente a ciascuno dei coniugi di impugnare il matrimonio quando esso sia stato contratto con l'intesa di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti.

La fattispecie è stata introdotta dal legislatore della riforma del diritto di famiglia del 1975, forzando finalmente le maglie di un sistema ove, almeno secondo la più accreditata dottrina, la possibilità di valorizzare l'accordo simulatorio in vista di una declaratoria di nullità originaria del matrimonio doveva ritenersi impedita dalla natura plurilaterale dell'atto: la partecipazione dell'ufficiale di stato civile, costitutiva dell'atto matrimoniale, non era cioè ritenuta compatibile con la figura della simulazione, per l'impossibilità di ricondurre a anche a questo ulteriore soggetto, parte necessaria nella fase di formazione dell'atto matrimoniale, la volontà simulata ([4]).

---

([3]) Con l'effetto, paradossale, che al divorzio si potrebbe arrivare solo in esito ad un preventivo giudizio, quello di separazione, ove il giudice sarebbe chiamato ad accertare l'intollerabilità della prosecuzione di una convivenza di fatto mai neppure iniziata.

([4]) Per una compiuta ricostruzione delle varie posizioni dottrinali precedenti la riforma del 1975 sul tema della simulazione del matrimonio e della rilevanza dell'intervento dell'ufficiale di stato civile, generalmente ritenuta ostativa all'ammissibilità dell'azione di simulazione, si rimanda a Ferrando, *Il matrimonio*,

Il novellato articolo 123 del codice civile ([5]) consente da allora ai coniugi – e solo ai coniugi ([6]) – di far emergere, in vista della pronuncia di annullamento, la volontà effettivamente spesa al momento delle nozze, volontà che mirava esclusivamente al perseguimento di scopi e obiettivi solo indirettamente collegati allo status coniugale ([7]) senza alcun serio intento di realizzare la causa tipica dell'atto, vale a dire il *consortium totius vitae.*

A dispetto della chiara formulazione espressa dal titolo della norma, la dottrina non ha smesso di dibattere sull'effettiva natura dell'istituto contemplato dall'art. 123 del codice civile, da più parti e per più versi dubitandosi della possibilità di parlare di una vera e propria ipotesi di simulazione secondo le caratteristiche generali di quest'ultima ricostruibili in via sistematica.

A parte l'obiezione, cui già si è accennato, circa la supposta natura plurilaterale dell'atto per la partecipazione allo stesso dell'ufficiale rogante ([8]), è stato sottolineato che saremmo piuttosto in presenza di un matrimonio «fiduciario» ([9]), indiretto ([10]) o addirittura a una ipotesi di abuso del diritto ([11]).

Altri commentatori preferiscono un inquadramento della fattispecie che tragga spunto, più semplicemente, dalla valutazione degli effetti che la norma ricollega al verificarsi delle condizioni previste e ne ricavano quindi una ulteriore ipotesi di

---

in Cicu Messineo, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2002, p. 622 e ss. si veda anche sul tema generale delle invalidità matrimoniale con specifica e approfondita trattazione anche della invalidità disciplinata dall'art. 123 c.c. il recente contributo di Rossi, *Le cause di invalidità del matrimonio civile. Profili sistematici*, Padova, 2012.

([5]) L'originario testo dell'art. 123 c.c. contemplava la fattispecie dell'impotenza come causa obiettiva di invalidità del matrimonio.

([6]) Sono infatti gli unici legittimati a proporre l'impugnativa per simulazione.

([7]) La giurisprudenza conosce una casistica piuttosto varia delle ragioni, estranee alle finalità tipiche dell'atto, per le quali si è contratto un matrimonio di cui si è poi chiesta la nullità. Vi è anzitutto il novero dei c.d. matrimoni di «salvataggio» ove lo scopo precipuo dell'atto era quello di sottrarre uno o entrambi i nubendi al rischio di persecuzioni o discriminazioni, per lo più razziali. Vi sono poi i matrimoni conclusi per ragioni di convenienza familiare o sociale e infine quelli, probabilmente oggi la fattispecie più diffusa, celebrati allo scopo di procurare a sé o al coniuge specifici vantaggi che l'ordinamento ricollega allo *status* di coniuge o, più spesso, di coniuge di cittadino.

([8]) Tesi peraltro non da tutti condivisa in quanto, come è stato sottolineato ad esempio da F. Finocchiaro, *Del matrimonio*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja Branca*, Bologna 1993, l'Ufficiale di stato civile non parteciperebbe all'atto per manifestare una propria volontà ma certificherebbe l'avvenuta manifestazione del consenso dei nubendi e, solo in conseguenza di ciò, dichiarerebbe che i due comparenti sono uniti in matrimonio.

([9]) La ricostruzione in questi termini è ampiamente precedente l'introduzione della norma, cfr. Grassetti, *Il matrimonio fiduciario*, Torino, 1950, p. 325 il quale pone l'accento sul fatto che l'accordo tra le parti non intacca l'esistenza giuridica del vincolo il quale è virtualmente in grado di produrre tutti i suoi effetti, pur riuscendo a limitare questi nei rapporti interni tra le parti.

([10]) Così Pietrobon, *sub* art. 123, in Carraro, Oppo, Trabucchi, *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1977, 175.

([11]) Costanza, *Sulla simulazione del matrimonio*, in Bonilini e Cattaneo, *Il diritto di famiglia*, Torino, 1998, I, 425.

annullamento, oltre a quelle già legislativamente previste, collegata all'esistenza della convenzione tra gli sposi, originaria e parallela, mirante a non adempiere agli obblighi e a non esercitare i diritti collegati allo *status*.

La norma non andrebbe cioè a sancire un vizio che colpisce in sé il momento formativo del vincolo ma mirerebbe piuttosto a far emergere, come elemento invalidante, l'esistenza di questo accordo parallelo al matrimonio, diretto ad escludere tra le parti gli effetti dello *status* coniugale, effetti che peraltro si vogliono, a fini particolari, nei confronti dei terzi (12).

È poi pacifico che l'intesa elusiva degli sposi, rilevante ai sensi dell'art. 123 c.c., oltre che essere originaria (13) debba avere ad oggetto l'intero fascio degli obblighi e dei diritti nascenti dal matrimonio e non possa invece assumere rilevanza, ai fini dell'annullamento qui in parola, l'eventuale accordo circa l'esclusione di singoli doveri e diritti, per quanto in grado di connotare significativamente la sostanza del vincolo coniugale, quale ad esempio il dovere di fedeltà, o quello di coabitazione (14). Il che fa significativamente divergere la valutazione civilistica della simulazione in ambito matrimoniale da quella canonica ove notoriamente è sufficiente, ai fini dell'invalidazione del consenso, l'esclusione anche di uno soltanto dei *bona matrimonii.*

La legittimazione all'azione di annullamento è riservata esclusivamente ai coniugi ed è soggetta ad un termine decadenziale molto breve che si compie con il decorso di un anno dalla celebrazione fermo restando che l'azione non è più proponibile, pur in pendenza del termine annuale, nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima.

Da molti criticato per la sua brevità, reputata irragionevole e talvolta foriera di iniquità (15), il termine annuale individua, secondo la valutazione discrezionale del

---

(12) F. Finocchiaro, *Commentario del Codice Civile*, *op. cit.* È invece per la riconducibilità *tout court* alla figura della simulazione Bianca, *La famiglia e Le successioni*, in *Diritto Civile*, Milano, 2001, p. 158 a condizione di premettere e condividere «*un'ampia nozione di simulazione quale voluta apparenza negoziale*» riconducendo così ad essa «*l'ipotesi dell'intenzionale utilizzazione del negozio per uno scopo che è incompatibile con la sua causa tipica*». Il che sarebbe appunto «*quanto si riscontra nel matrimonio simulato, dove le parti vogliono ottenere lo stato coniugale ma per perseguire un fine incompatibile con la causa del matrimonio, e cioè la formazione di uno stabile nucleo familiare*». Dello stesso avviso anche Ferrando, *Il matrimonio*, *op. cit.*, p. 628. In termini sostanzialmente analoghi v. infine anche Nicolò, *La simulazione del matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Quaderni romani di diritto canonico*, I, 856.

(13) Sul punto si sottolinea la scelta lessicale del legislatore che parla di «sposi» e non di coniugi. Cfr. Ferrando, *Il matrimonio*, *op. cit.*, pag. 629.

(14) In questo senso: Ferrando, *op. cit.*, p. 630; Nicolò, ***La simulazione del matrimonio***, *op. cit.*; G.B. Ferri, *Note sparse sul diritto di famiglia*, *Dir. Giur.*, 1976, 811; Sacco, voce *Simulazione, I (diritto civile)*, *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 9 e ss. In senso contrario Tamburrino, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia*, Torino, 1978, p. 174.

(15) In particolare nell'ipotesi in cui il matrimonio fosse stato simulato in situazioni cogenti, ad esempio per sottrarsi a persecuzioni politiche, si era suggerito quanto meno di far decorrere il termine dal mo-

legislatore, il momento a partire dal quale l'esigenza, pubblicistica, di consolidare uno *status* incerto deve prevalere su quella, di stampo invece prettamente privatistico, a invalidare un consenso dato senza piena volontà degli effetti (16) e ciò a prescindere dal fatto che pur dopo lo spirare del termine il *consortium totius vitae* sia rimasto comunque inattuato.

La fattispecie su cui è stato chiamato a giudicare il Tribunale di Treviso con la sentenza in commento configura proprio uno di questi casi in cui l'originaria invalidità sotto il profilo della simulazione, pur non denunciata a suo tempo con l'azione di cui all'art. 123 c.c., viene ben più tardi allegata al fine di ottenere una pronuncia di scioglimento del matrimonio ai sensi dell'art. 3 n. 2 lett. *f*) l. 898/70.

In pratica l'accordo simulatorio, di per sé non più rilevabile, è invocato in quanto esso avrebbe avuto pieno e ininterrotto ossequio da parte dei coniugi con la conseguenza che il matrimonio, al momento della presentazione della domanda di divorzio, e pur essendo trascorsi oltre nove anni dalla sua celebrazione, non era mai stato consumato.

Questi essendo i fatti il Tribunale di Treviso, come anticipato agli esordi del presente commento, risolve positivamente la questione dell'ammissibilità della domanda di divorzio, non reputando ostativo, al riguardo, il fatto che si tratti di un matrimonio simulato e quindi, originariamente invalido.

## 3. Il divorzio per mancata consumazione del matrimonio: art. 3, n. 2, lett. *f*), l. 898 del 1970

Giova anche qui una telegrafica ricognizione dei profili sistematici della specifica ipotesi di divorzio sulla quale il Tribunale è stato chiamato a giudicare.

---

mento in cui fossero venute meno le condizioni particolari che avevano indotto a contrarlo, anziché dal momento della celebrazione. Così Galoppini, *La simulazione del matrimonio nel diritto vigente e il progetto di riforma del diritto di famiglia*, *Dir. Fam. person.*, 1973, 525. Peraltro, va osservato che nella fattispecie di cui all'art. 123 c.c. ciò che rileva è l'accordo simulatorio in sé, indipendentemente dal motivo concreto che ha indotto gli sposi alla celebrazione con la comune riserva sulla operatività degli effetti, il che spiegherebbe la diversa decorrenza e la ragionevolezza della scelta del legislatore. Così Quadri, *sub* art. 123 c.c., in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, (a cura di) Cian-Oppo-Trabucchi, vol. II, Padova, 1992, p. 368 e Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 634.

(16) Si richiama al riguardo Cass. 5 febbraio 1988, n. 1262 la cui motivazione ben disegna l'articolato delle due distinte norme dettate dal medesimo articolo: «*la prima norma dà valore al solo decorso di un certo lasso di tempo dal momento dell'atto, segnando, al pari di ogni altra analoga disposizione in materia di limiti all'esercizio del diritto d'impugnazione del negozio giuridico, un punto di equilibrio fra l'interesse alla rimozione de rapporto affetto da u vizio e l'esigenza di evitare il protrarsi troppo a lungo della situazione d'incertezza discendente dalla caducibilità del rapporto stesso. La seconda norma assegna rilevanza alla convivenza dei coniugi indipendentemente dall'epoca del suo verificarsi ed a prescindere dalla sua durata considerandola come fatto di per sé idoneo a superare od elidere il pregresso vizio del consenso, o comunque inconciliabile con la deducibilità del medesimo, ancorché sia ancora pendente l'indicato termine annuale*».

La sua introduzione viene storicamente ricondotta alla necessità di perequare la disparità di trattamento altrimenti all'epoca esistente tra matrimoni celebrati avanti all'ufficiale di stato civile e matrimoni celebrati con il rito concordatario, per i quali era consentito ottenere l'esecutività del provvedimento pontificio di dispensa dal matrimonio c.d. «rato e non consumato» (17). La successiva sentenza della Corte Costituzionale avrebbe poi dichiarato l'illegittimità costituzionale di tali procedimenti di *exequatur* (18) ma questa causa di divorzio sarebbe comunque rimasta in vigore, acquistando anzi una propria autonoma rilevanza in quanto specifica espressione dell'assenza di comunione di vita tra i coniugi.

Anche il concetto di inconsumazione, dapprima mutuato in modo pedissequo dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del diritto canonico è stato progressivamente elaborato con sempre maggiore autonomia (19) ritenendosi comunque, per lo più, che la constatazione dell'oggettiva mancata consumazione non debba andare disgiunta dalla verifica, ad opera del giudice, dell'impossibilità di ricomporre la comunione materiale e spirituale tra i coniugi secondo la regola generale di cui all'art. 1 della l. 898/70 (20).

La necessità di accertare giudizialmente con una adeguata istruttoria la circostanza della mancata consumazione ha indotto talvolta i giudici di merito ad escludere che tale causa di divorzio possa essere invocata in una procedura di divorzio congiunto, in considerazione del rito camerale cui tale giudizio è sottoposto (21)

---

(17) Cfr. Bianca, ***La famiglia Le successioni***, *op. cit.*, p. 237; Scalisi La Torre, *Trattato di diritto di famiglia*, in Zatti, *Famiglia e Matrimonio*, Milano, 2002.

(18) Corte Cost. 2 aprile 1982, n. 18, *Foro it.*, 1982, I, 934.

(19) Sull'elaborazione del concetto di consumazione sempre più divergente dal modello canonico ha ad esempio influito la diversa considerazione, nei due sistemi giuridici, dell'idoneità dell'atto sessuale alla procreazione, assolutamente essenziale secondo l'ordinamento ecclesiale per la sussistenza della consumazione, progressivamente irrilevante per la ricostruzione del medesimo istituto secondo i principi dell'ordinamento statale. Per una disamina delle differenze tra il concetto canonico e quello civilistico di mancata consumazione si veda Figone, *Divorzio per mancata consumazione del matrimonio e regime probatorio*; *Fam. e Dir.*, 2003, 236. L'A. evidenzia anche l'astratta possibilità di ottenere lo scioglimento del matrimonio in costanza del quale, pur in assenza di rapporti sessuali, vi sia stato concepimento in forza di inseminazione artificiale.

(20) L'opinione è ad esempio espressa da Maternini, *Il matrimonio non consumato quale causa di divorzio (nota a Cass. Sez. I, 21 settembre 1998 n. 9442)*, in *Fam. e Dir.*, 1999, 22 e condivisa da Bonilini, *L'inconsumazione del matrimonio*, in Bonilini e Tommaseo (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*; Scardulla, *Il concetto di matrimonio non consumato con riguardo all'istituto del divorzio*, *Dir. Famiglia*, 1975, 496 e ss., In giurisprudenza Trib. Napoli, 16 luglio 1980 in *Dir. e giur.*, 1981, 402. In questo caso la domanda di divorzio basata sulla mancata consumazione è stata respinta sul presupposto che l'inconsumazione non era volontaria ma determinata dallo stato di detenzione del coniuge e dunque non ritenuta sufficiente a pronosticare una sicura impossibilità di ricostituire la comunione tra i coniugi. *Contra* però lo stesso Trib. Napoli, 3 aprile 1989 in *Giust. Civ.*, 1989, I, 2717. Per l'opportunità di considerare la mancata consumazione di per sé predittiva dell'impossibilità di ricostituire la comunione tra i coniugi, attribuendole dunque valore di presunzione, pur vincibile a determinate condizioni, si veda Pantaleoni, *Il divorzio*, in Sicchiero (diretta da) *Separazione, Divorzio, annullamento*, Bologna, 2005, p. 201.

(21) T. Napoli 15 marzo 1988 in *Foro It.*, 1989, I 554; Trib. Palermo 10 novembre 1990, in *Dir. fam.*, 1991, 1007. T. Perugia, 4 luglio 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 3000 con nota di Bagianti.

ma tale conclusione è stata correttamente criticata in quanto trarrebbe spunto da una riduttiva concezione del rito camerale come rito in cui non ci sarebbe spazio per la formazione giudiziale della prova (22).

Va infine osservato, sulla scorta del dato letterale della norma in questione, che il legislatore ha trascurato di attribuire qualunque rilevanza all'aspetto delle diverse possibili cause della mancata consumazione delle nozze (impotenza, malattia, lontananza, accordo) la quale dunque acquista rilievo di per sé, «*quale indice obiettivo che attesta generalmente una situazione anomala impeditiva della convivenza intesa secondo il modello di un normale svolgimento della vita coniugale*» (23).

## 4. Il percorso argomentativo dei giudici trevigiani

È fondamentalmente sulla base di quest'ultima considerazione, pienamente condivisibile e in verità additata anche dalla Suprema Corte (24), che ci è consentito ritenere corretta la decisione del tribunale trevigiano il quale ha giudicato senz'altro ammissibile la domanda di scioglimento sottoposta al suo esame nonostante si trattasse di un caso di matrimonio originariamente annullabile ai sensi dell'art. 123 c.c.

Qualche perplessità suscita peraltro il percorso argomentativo seguito nella sentenza in commento per giungere alla conclusione sopra anticipata.

La questione dell'ammissibilità della domanda infatti avrebbe potuto – e dovuto – andar risolta anzitutto mediante la valorizzazione del dato letterale della norma che, come detto, non discrimina l'accesso al divorzio a seconda dei motivi dell'inconsumazione ma attribuisce rilevanza alla circostanza in sé, per la sua idoneità

(22) Tommaseo F., *Divorzio su domanda congiunta e inconsumazione*, *Fam. e Dir.*, 1997, 442 (nota a T. Napoli, 2 maggio 1997). L'A. osserva che seguendo questa tesi, e cioè che il rito camerale non sia deputato alla formazione di prove costituende, si finirebbe col dare ingresso nel nostro ordinamento ad una fattispecie di divorzio, quello presentato appunto nelle forme del divorzio congiunto, fondato sulla mera concorde volontà dei coniugi, esperibile cioè senza una effettiva verifica della oggettiva impossibilità di ricostituire la comunione spirituale e materiale tra i coniugi. Soluzione che nel nostro ordinamento è stata invece volutamente esclusa richiedendosi sempre e comunque l'accertamento prognostico di cui all'art. 1 l. 898/70. Nella sentenza di cui al commento citato la domanda congiunta era stata in concreto respinta sul presupposto che le parti avevano fatto una mera allegazione delle ragioni di fatto che dovevano provarne la fondatezza (matrimonio stipulato esclusivamente per ottenere punteggio nell'assegnazione di un alloggio popolare cui non era mai seguita la coabitazione) senza tuttavia offrire adeguata prova delle circostanze allegate.

(23) Così Bianca, *La famiglia e le successioni*, in *Diritto civile*, cit. p. 237.

(24) Il principio trova una indiretta conferma anche in Cass. 21 settembre 1998, n. 944 in *Fam. e Dir.*, 1999, 22 ove si sancisce che l'inconsumazione invocata come causa di divorzio in sé non è destinata ad incidere sulla validità e l'esistenza del matrimonio e sulla sua idoneità a produrre effetti sino al passaggio in giudicato della sentenza di divorzio né a incidere sull'applicabilità della normativa relativa all'assegno di divorzio «*salvo il diritto, sussistendone i presupposti, di far valere nei termini di legge la nullità del matrimonio*»: un *obiter dictum* che consente di considerare irrilevante, ai fini della domanda di scioglimento del matrimonio, la circostanza che l'inconsumazione fosse o meno frutto di un preordinato disegno simulatorio dei coniugi.

ad ostacolare la costituzione di un consorzio coniugale effettivo, qualunque ne sia stata la causa.

In secondo luogo, la semplice constatazione che, decorso un anno dalla celebrazione, l'ordinamento non consente più di annullare il matrimonio contratto con l'accordo di non adempierne gli obblighi e non esercitane i diritti, avrebbe consentito al Tribunale di concludere che quello stipulato tra R.R. e S.R.L. era ormai, stante il decorso del termine annuale, a tutti gli effetti un matrimonio definitivamente valido ed efficace, soggetto quindi alla disciplina dello scioglimento senza alcuna distinzione rispetto ai matrimoni validi sin dalla loro originaria stipulazione.

I Giudici Trevigiani preferiscono invece indugiare in una serie di considerazioni dirette, più che a suffragare in modo rigoroso la soluzione adottata, a prospettare alcuni ipotetici profili di iniquità che porterebbe con sé la soluzione contraria.

Anzitutto il Tribunale si sofferma a valutare se la possibilità di esperire il rimedio dello scioglimento del vincolo matrimoniale nei casi di simulazione «*possa dirsi elisa in virtù dell'interesse, di carattere pubblicistico, a contrastare i cosiddetti matrimoni fraudolenti*». La risposta del Tribunale a tale quesito è nel senso che sarebbe del tutto anomalo che l'ordinamento perseguisse le frodi alla legge (ad esempio in tema di cittadinanza e permesso di soggiorno) perpetrate con il mezzo di matrimoni fasulli mediante una definitiva stabilizzazione del rapporto coniugale simulato: il vincolo matrimoniale come sanzione, in altre parole.

Certamente non è rinvenibile nel nostro ordinamento un simile orientamento legislativo, anzi pare anche difficile ipotizzarne sensatamente l'esistenza, visto che, paradossalmente, la stabilizzazione del vincolo matrimoniale, validerebbe anche in via definitiva tutti gli effetti che dallo stesso derivano e che invece rappresentano il fenomeno che il legislatore vorrebbe perseguire, con un evidente corto circuito logico ([25]).

L'argomento non pare dunque particolarmente stringente e ci induce a verificare con attenzione le ulteriori motivazioni addotte dal Tribunale per ritenere ammissibile la domanda di divorzio fondata sui fatti di cui in premessa.

E così leggiamo nella citata sentenza che «*ove si precludesse "ai casi di matrimo-*

([25]) A ben vedere, nell'ambito di una rafforzata politica di contrasto ai matrimoni fittizi, celebrati al solo fine di ottenere vantaggi o acquisire diritti altrimenti impediti dalla legge si potrebbe semmai valutare un ampliamento dei limiti entro cui può attualmente essere invocata l'invalidità del vincolo. Il tema è affrontato da Morozzo Della Rocca, *Simulazione, patrimonio di comodo e cittadinanza*, in *Famiglia e dir.*, 2007, p. 955 e ss. L'A. intravede tuttavia grossi rischi ad ampliare, attribuendola ad esempio anche al soggetto pubblico, lo spettro della legittimazione attiva per l'azione di cui all'art. 123 c.c. L'effetto potrebbe infatti essere quello dello sviluppo di un contenzioso nel quale il peso di interessi privati di terzi, soprattutto di natura patrimoniale ed ereditaria, potrebbe facilmente schermarsi dietro supposte esigenze di ordine pubblico allo scopo di stimolare l'azione del pubblico ministero. Ritiene pertanto più ragionevole incidere direttamente sulle discipline che regolano gli effetti indirettamente perseguibili tramite il matrimonio, ad esempio le norme in tema di cittadinanza.

*nio simulato, n.d.r." lo scioglimento del matrimonio per sentenza giudiziale, fondato sull'ipotesi contemplata dall'art. 3, n. 2, lett.* f*), l. divorzio, si perverrebbe ad un esito assai grave e, alla luce della normativa vigente, ingiustificato, vale a dire alla coattiva, sanzionante, stabilizzazione di un rapporto coniugale finto, per la cui cessazione dovrebbe attendersi o la morte d'uno dei coniugi, o, almeno, lo scioglimento fondato sulla loro separazione personale, protratta per il lungo tempo stabilito dalla legge*».

E ancora che «*ove si volesse dar seguito alla giurisprudenza secondo cui i casi di scioglimento del matrimonio sono relativi soltanto a matrimoni validamente celebrati, sicché i matrimoni invalidi, fra i quali è quello simulato, possono soltanto conoscere le relative azioni di annullamento (purché ricorrano tutti i presupposti e le condizioni di legge, fra le quali vanno ricordate quelle previste dall'art. 123 c.c.), potrebbe pervenirsi alla grave conclusione di lasciare indefinitamente in vigore – vale a dire sino alla morte di uno dei coniugi – il rapporto matrimoniale simulato*».

Argomentazioni che a ben vedere scontano entrambe una intrinseca fragilità: in quanto espressamente animate dalla preoccupazione di non lasciare indefinitamente in vita un rapporto coniugale pacificamente non voluto, finiscono con l'attribuire alla fattispecie di cui all'art. 3 n. 2 lett. *f)* una vocazione a soccorrere in quelle situazioni in cui si voglia di fatto dare tardivo ingresso ad un'azione di invalidità. Ma ciò è chiaramente in contrasto con la *ratio* e la natura dell'istituto del divorzio ([26]), oltre che con la tassativa e rigorosa disciplina dell'azione di annullamento prevista dal codice per l'ipotesi della simulazione che volutamente il legislatore ha ritenuto di contenere entro limiti temporali particolarmente contingentati.

## 5. *Thema decidendum* e *thema probandum*: se e come andasse accertata anche la condizione di cui all'art. 1 l. 898/70, cioè l'impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione spirituale e materiale tra i coniugi

Che in effetti l'attenzione dei giudici trevigiani sia stata, nel caso di specie, eccessivamente e pressoché esclusivamente attratta dal profilo della causa concreta

([26]) Che pacificamente non tocca il momento genetico del rapporto ma interviene a disciplinare gli effetti della constatata impossibilità di proseguirlo, ferma restando la sua idoneità a produrre effetti tendenzialmente permanenti. Si rimanda di nuovo alla motivazione di Cass. 21 settembre 1998, n. 9442, cit., ove, contrariamente all'assunto del ricorrente che aveva denunciato come illegittimo l'assoggettamento del divorzio pronunciato per inconsumazione ai principi generali in tema di assegno divorzile, la Suprema Corte precisa che anche nel matrimonio dichiarato sciolto per la specifica causa di cui all'art. 3 n. 2 lett. *f)* il diritto all'assegno e la sua quantificazione vanno determinati secondo i criteri di valutazione di cui all'art. 5) in quanto «*elementi di fatto idonei anche nel caso di inconsumazione del matrimonio ad essere utilizzati quali parametri di raffronto della situazione economica dei coniugi in costanza del rapporto matrimoniale e in relazione al suo scioglimento, al fine della debenza e determinazione dell'assegno divorzile*».

dell'inconsumazione, vale a dire l'accordo simulatorio, lo prova l'assenza, nella parte motiva della sentenza, di qualsiasi considerazione in merito alla valenza prognostica della mancata unione tra i coniugi rispetto alle possibilità di un futuro ripristino della comunione spirituale e materiale tra i coniugi.

Si trattava a ben vedere di una valutazione doverosa e necessaria ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1 della l. 898/70 che è invece del tutto mancata nella sentenza in commento la quale espressamente individua nell'inconsumazione e nell'accordo che ne sta alla base gli unici ambiti che devono formare oggetto di accertamento giudiziale: «*il giudice potrà pronunciare (...) lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, alla luce di un esauriente materiale probatorio, che convinca dell'accordo simulatorio e del fatto, effettivo, dell'inconsumazione*».

Coerentemente con questo preliminare enunciato i giudici di Treviso considerano adeguatamente istruita e meritevole di accoglimento la domanda sulla scorta del materiale probatorio acquisito al giudizio (prove testimoniali e documentali) che da un lato hanno offerto riscontro diretto alla circostanza della originaria simulazione e dall'altro hanno suffragato la tesi della perdurante inconsumazione.

In merito a questo secondo aspetto, correttamente il Tribunale ha reputato ammissibile, rilevante e sufficiente una prova di natura indiziaria vista la necessità di «*dare dimostrazione di comportamenti intimi e riservati delle parti, insuscettibili di percezione diretta dai testimoni*» [27] e in tale contesto sono state valorizzate anche numerose testimonianze *de relato ex latere actoris.*

La loro intrinseca e connaturata irrilevanza, ripetutamente predicata dalla giurisprudenza di legittimità [28], può in effetti trovare mitigazione, facendo così assurgere tali deposizioni a valido elemento probatorio, quando esse siano suffragate da circostanze oggettive e soggettive ad esse intrinseche o da risultanze probatorie acquisite al processo che concorrano a confortarne la credibilità [29]. Nel caso che

---

[27] Viene al riguardo espressamente citata dai giudici di Treviso Cass. 8 febbraio 2006, n. 2815 specificamente per la possibilità di annoverare tra gli indizi anche le testimonianze *de relato ex latere actoris*.

[28] Cass. 3 aprile 2007, n. 8358, in *Rep. Foro it.*, 2007 v. Prova testimoniale, n. 25; Id. 5 gennaio 1998, n. 43, in *Rep. Foro It.*, 1998, v. Prova testimoniale, n. 27.

[29] Cass. 19 maggio 2006, n. 11844 in *Rep. Foro It.*, 2006, v. Prova testimoniale n. 29; Id., Sez. lavoro, 17 ottobre 1998, n. 10297, in *Rep. Foro It.*, 1998 v. Prova testimoniale, n. 28, Id. Sez. lavoro 6 novembre 1996, n. 9702, in *Rep. Foro It.*, 1996, v. Prova Testimoniale n. 37; Id. 16 marzo 1999, n. 2325, in *Rep. Foro It.*, 1999, v. Delibazione, n. 30: caso di delibazione di sentenza di nullità di matrimonio concordatario per riserva mentale ove si afferma che «*negare ogni validità alla testimonianza* de relato ex parte actoris *può costituire soltanto un orientamento di massima, da riscontrare di volta in volta secondo la particolarità del caso concreto, dovendosi escludere la conoscibilità diretta di intuizioni e stati d'animo del nubente, delle cui confidenze sono destinatari elettivi i parenti più prossimi, e non potendo il giudice esigere, per il principio della li-*

ci occupa, vi erano agli atti la prova documentale della protratta permanenza del ricorrente, subito dopo le nozze, in una comunità di recupero per tossicodipendenti e vi erano comunque le testimonianze dirette in ordine a fatti ritenuti di per sé suggestivi quanto all'ipotesi della mancata consumazione: le modalità con cui erano stati «reclutati» i testimoni per la celebrazione, la circostanza che la sposa non avesse mai trasferito la propria originaria residenza essendo rimasta ad abitare nell'appartamento ove viveva con il figlio prima delle nozze, il fatto che dopo il matrimonio la resistente non fosse mai stata vista dai testi insieme al coniuge, nonostante ella avesse continuato a frequentare i testi stessi per ragioni di amicizia.

Meno condivisibile invece, a nostro sommesso avviso, e probabilmente censurabile su un piano di stretta legittimità della decisione, la scelta di omettere qualunque valutazione circa l'incidenza dei fatti così accertati sulle concrete *chances* di (ri-)costituzione del consorzio coniugale. Tanto più che si trattava di un passaggio argomentativo che con ogni probabilità ben poteva essere svolto sulla scorta del solo materiale probatorio comunque già acquisito ([30]) da valutarsi congiuntamente al comportamento processuale della parte resistente rimasta contumace.

Una volta riconosciuta, come sembra possibile ([31]), la valenza in sé predittiva dell'inconsumazione rispetto all'impossibilità di ricostituire il *consortium vitae* tra i coniugi, incombeva al coniuge convenuto valorizzare una eventuale e ipotetica superabilità della situazione di assenza di comunione fisica e spirituale come denunciata e provata dal ricorrente.

Il silenzio processuale di S.R., perciò, probabilmente offriva al Tribunale il destro per esprimersi nel senso della sicura sussistenza della condizione dettata dall'art. 1 l. 898/70 senza bisogno di ulteriori accertamenti ([32]).

Con pari probabilità, non lo autorizzava, invece, a tacere a sua volta sul punto.

Paola Dalla Valle

---

*bera prova e in mancanza di diversa disposizione di legge, un mezzo di prova diverso da quello disponibile, salvo valutarne il risultato, una volta esperito, secondo il proprio apprezzamento*».

([30]) Di per sé in grado di deporre per una totale assenza di qualsivoglia affezione tra i coniugi, non ricostruibile proprio perché mai esistita.

([31]) Cfr. Pantaleoni, *Il divorzio*, in Sicchiero, *op. cit.*, p. 201.

([32]) Per quanto riguarda la rilevanza del comportamento processuale delle parti, proprio ai fini dell'accertamento del venir meno della comunione spirituale e di vita tra i coniugi, giova ricordare la giurisprudenza di legittimità progressivamente formatasi in tema di sentenze straniere di divorzio pronunciato per mutuo consenso dei coniugi, la cui delibazione non è stata ritenuta manifestamente contraria all'ordine pubblico italiano sotto il profilo del mancato accertamento dell'irreversibile dissoluzione del vincolo, dato che anche l'ordinamento italiano, contemplando il divorzio su domanda congiunta, attribuisce al consenso dei coniugi valore dimostrativo del venir meno della comunione materiale e morale e dell'impossibilità di ricostituirla. Così Cass., 21 giugno 1995, n. 6973, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 791; Id., 21 settembre 1990, n. 9627, in *Foro It.*, 1991, I, 2397; Id., 17 aprile 1991, n. 4104, in *Foro It.*, 1991, I, 239; Id., 19 aprile 1991, n. 4235, in *Foro It.*, 1991, I, 2396.

## LA RIFORMA FORNERO
### La disciplina dei licenziamenti «a tutela reale»
### Modifiche sostanziali e processuali

### A) I licenziamenti nella Riforma Fornero

La riforma non incide sui requisiti sostanziali di validità del licenziamento, che restano assolutamente identici a prima. Le ragioni in presenza delle quali il datore di lavoro può legittimamente intimare il licenziamento rimangono infatti le medesime. Resta dunque integra la garanzia del lavoratore ad essere licenziato solo per un motivo giustificato, così come rimane il fatto che, in presenza di una giusta causa o un giustificato motivo, nulla spetta al lavoratore licenziato, salvo il preavviso in caso di giustificato motivo.

Vi sono solo due novità che riguardano tutti i licenziamenti, indipendentemente dalle dimensioni dell'azienda: la prima consiste nell'obbligo di motivazione contestuale, la seconda nell'abbreviazione del termine per depositare il ricorso al giudice dopo l'impugnazione stragiudiziale: non più 270 giorni bensì 180. A parte questo, l'intervento della riforma si focalizza esclusivamente sulle conseguenze sanzionatorie applicabili laddove il giudice riconosca che il licenziamento è privo dei requisiti di legittimità. E ciò solo per quelle imprese che occupano più di 15 dipendenti nella singola unità produttiva o nell'ambito dello stesso comune, o comunque complessivamente più di 60 dipendenti a livello nazionale. In tali aziende la riforma opera una differenziazione delle tutele in caso di licenziamento invalido. Il vecchio art. 18 dello Statuto dei Lavoratori prevedeva una sola ed unica sanzione in caso di licenziamento intimato in violazione dei limiti di legge: la reintegrazione nel posto di lavoro e il risarcimento del danno in misura pari alle mensilità dal licenziamento alla reintegrazione, con il minimo di cinque. Per il giudice si trattava di una scelta obbligata: una volta accertata, per qualsiasi ragione, l'invalidità di un licenziamento di qualsiasi tipo, l'unica conseguenza possibile era la reintegrazione. Oggi la riforma prevede una gradazione delle sanzioni a seconda della gravità dei vizi del licenziamento. E la novità più importante è che l'indennizzo economico (e non la reintegrazione) è diventato il rimedio di carattere generale in

caso di licenziamento illegittimo, applicabile in tutte le ipotesi in cui la legge non dispone diversamente. In questo caso il rapporto di lavoro è dichiarato risolto con effetto dalla data del licenziamento ed il lavoratore ha diritto ad una indennità risarcitoria (onnicomprensiva) nella misura che il giudice determina tra le 12 e le 24 mensilità tenuto conto dell'anzianità del dipendente, del numero di dipendenti del datore di lavoro, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti. Peraltro, nell'ipotesi in cui il licenziamento sia nella sostanza giustificato (o comunque che la sua giustificazione non sia contestata dal lavoratore) e il vizio sia solo formale, l'indennità risarcitoria è riconosciuta in misura ridotta (tra le 6 e le 12 mensilità).

Solo in alcune ipotesi, tassativamente previste dal legislatore, resta la sanzione della reintegrazione, con risarcimento limitato però nel massimo a 12 mensilità, senza più il minimo di 5, dedotto quanto percepito dal lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative nel periodo di estromissione (*aliunde perceptum*) e quanto egli avrebbe potuto percepire se si fosse attivato per ricercare una nuova occupazione utilizzando l'ordinaria diligenza (*aliunde percipiendum*), ma con il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal licenziamento alla reintegrazione. Tale sanzione si applica, nei licenziamenti disciplinari, nel caso di accertata insussistenza del fatto contestato, oppure se per quel determinato fatto il CCNL o il codice disciplinare prevedono una sanzione conservativa. Si applica altresì nei casi di insussistenza dell'addotta inidoneità fisica o psichica, di non superamento del periodo di comporto e in caso di licenziamento di lavoratori disabili in violazione delle norme che li tutelano. Inoltre, la stessa sanzione «può» (non necessariamente «deve») applicarsi anche in caso di manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La «vecchia» reintegrazione con risarcimento integrale, pari cioè a tutte le mensilità perdute dal licenziamento alla reintegrazione (dedotto l'*aliunde perceptum*), con il minimo di cinque mensilità e l'integrale versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, rimane un rimedio di carattere residuale, applicabile esclusivamente nei casi di licenziamento discriminatorio, di licenziamento orale e di licenziamento dichiarato nullo in quanto: *a*) intimato in concomitanza di matrimonio o in violazione dei divieti di licenziamento posti a tutela della maternità e paternità; *b*) determinato da motivo illecito determinante; *c*) riconducibile ad altri casi di nullità previsti. In ogni caso di reintegrazione resta ferma, per il (solo) lavoratore, la facoltà di determinare la risoluzione del rapporto optando, in sostituzione della reintegrazione ed in aggiunta al risarcimento del danno, per un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La vera novità in materia di licenziamenti è, dunque, che all'accertamento dell'illegittimità del recesso non conseguirà necessariamente, come accadeva in passa-

to, la reintegrazione nel posto di lavoro accompagnata dal risarcimento del danno in misura pari alle retribuzioni perdute. Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà (ora) individuare (tra le quattro possibili) la sanzione da applicare nel caso concreto.

L'individuazione della sanzione non è però rimessa alla mera discrezionalità del giudice. A parte i casi di discriminazione e le altre ipotesi specificamente previste di cui si è detto, la legge stabilisce un criterio per la scelta tra reintegrazione e indennizzo: l'insussistenza o la sussistenza del fatto posto alla base del licenziamento. E questo vale sia per i licenziamenti per ragioni oggettive sia per quelli fondati su un inadempimento del lavoratore, salvo per questi ultimi il rispetto dei contratti collettivi e dei codici disciplinari. Se il fatto è totalmente inventato, il licenziamento «merita» la reintegrazione; se invece il fatto nella sua materialità esiste, ma altri elementi di contesto inducono a ritenere il licenziamento sproporzionato (nel caso di ragioni soggettive) o evitabile con una diversa collocazione del lavoratore (nel caso di motivi oggettivi), allora saremo di fronte ad un'ipotesi di ingiustificatezza meno grave, sanzionabile solo con l'indennizzo. Tutto ciò ha senso se il fatto di cui valutare la sussistenza o meno viene inteso nell'accezione di fatto «storico», cioè di quanto effettivamente accaduto. Non pare condivisibile, invece, l'orientamento di chi sostiene che il fatto di cui valutare la sussistenza sia il fatto «giuridico», in quanto l'insussistenza del fatto verrebbe sostanzialmente a coincidere con la mancanza di giusta causa o giustificato motivo, cioè con l'illegittimità del licenziamento. Con la conseguenza che ogni licenziamento illegittimo sarebbe sanzionabile con la reintegrazione, non restando di fatto spazio alcuno per l'ipotesi del solo indennizzo. L'impatto della riforma sarebbe così completamente azzerato.

La Riforma ha toccato anche il profilo procedurale: si prevede infatti che il datore di lavoro che intenda licenziare per ragioni oggettive un dipendente, debba comunicare alla Direzione Territoriale del Lavoro e al lavoratore l'intenzione di licenziarlo, con indicazione dei motivi del licenziamento e delle eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore. La DTL entro 7 giorni dalla comunicazione convocherà il datore di lavoro ed il lavoratore per il tentativo di conciliazione che si deve concludere entro 20 giorni. Il datore di lavoro potrà comunicare il licenziamento solo all'esito della descritta procedura ovvero se la DTL non effettua la convocazione entro 7 giorni. Il licenziamento intimato produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato, indipendentemente dalla malattia insorta successivamente all'avvio della procedura, salvo il diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva. Gli effetti del licenziamento restano sospesi solo nei casi di maternità e di impedimento derivante da infortunio sul lavoro.

## B) Il nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti

La legge di riforma del mercato del lavoro introduce anche un «nuovo rito» applicabile alle cause di impugnazione dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori. Le nuove regole, volte (almeno nelle intenzioni) a garantire al lavoratore licenziato una tutela in tempi rapidi nel caso di licenziamento illegittimo e ad evitare all'imprenditore il protrarsi a lungo dell'incertezza organizzativa ed economica circa l'esito del giudizio, articolano il processo in due gradi di merito e uno di legittimità, con il primo grado suddiviso in due fasi. Si può dunque dire che la tutela del lavoratore licenziato, nel campo di applicazione dell'art. 18, si articola in quattro «fasi». La *prima fase*, che si svolge davanti al Tribunale, è improntata a criteri di urgenza. L'azione è introdotta con un ricorso dal contenuto essenziale, che «*deve avere i requisiti dell'art. 125 del codice di procedura civile*»: oltre ad indicare l'ufficio giudiziario e le parti, esso deve infatti contenere «*l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni*», mentre non è previsto che contenga l'indicazione dei mezzi di prova o dei documenti prodotti (che pertanto potranno essere indicati o prodotti anche in udienza). È poi espressamente stabilito che in questa prima fase di urgenza il ricorrente non possa proporre domande diverse da quella relativa all'impugnazione del licenziamento o alla qualificazione del rapporto nei termini già chiariti, «*salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi*»: si potrà quindi proporre la domanda di risarcimento del danno per il licenziamento ingiurioso, ma non anche quella relativa, ad esempio, a trattamenti retributivi non corrisposti nel corso del rapporto. Ancora, non è prevista la possibilità per il datore di lavoro che si costituisce in giudizio di proporre domande riconvenzionali (quali quelle relative al risarcimento di danni provocati dal lavoratore a seguito delle mancanze poste a base del licenziamento), o di chiamare in causa terzi dai quali pretenda di essere garantito. I tempi di questa prima fase sono molto rapidi: l'udienza di comparizione delle parti deve essere fissata entro quaranta giorni dal deposito del ricorso, il ricorso deve essere notificato almeno venticinque giorni prima dell'udienza e il termine di costituzione del datore di lavoro è di cinque giorni prima dell'udienza. Le nuove norme non precisano il tipo di atto con il quale il convenuto deve costituirsi e quindi non ne descrivono il contenuto, che pertanto è a forma libera e non dovrà necessariamente contenere, al pari del ricorso, l'indicazione dei mezzi di prova o dei documenti prodotti, deducibili e producibili dunque fino all'udienza. All'udienza il Giudice sente le parti e, «*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio*». In poche frasi è racchiusa la disciplina dell'attività che il Giudice deve svolgere, preferibilmente in unica udienza, per accertare la legittimità o meno del licenziamen-

to e pronunciare i necessari provvedimenti: il rigetto o l'accoglimento del ricorso e, in tal caso, la reintegrazione nel posto di lavoro e/o il risarcimento del danno. La decisione è assunta con ordinanza immediatamente esecutiva. La parte soccombente può dare inizio alla *seconda fase* del primo grado: l'opposizione, che si svolge sempre davanti al Tribunale, con atti di parte che devono questa volta essere redatti tenendo conto delle rigorose preclusioni e decadenze del rito del lavoro, con possibilità di proporre domande riconvenzionali (ancorché basate «*su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale*») e di chiamare in causa terzi. L'opposizione si conclude con sentenza, avverso la quale è possibile proporre reclamo alla Corte d'Appello, secondo grado di giudizio e *terza fase* del nostro schema iniziale. I termini per l'opposizione e il reclamo sono entrambi di trenta giorni dalla comunicazione o dalla notificazione dell'ordinanza o della sentenza. Infine, è previsto il giudizio di legittimità avanti la Corte di Cassazione, *quarta fase*, da instaurarsi entro sessanta giorni dalla comunicazione o dalla notificazione della sentenza della Corte d'Appello. La Corte di Cassazione deve fissare l'udienza di discussione «*non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso*». Infine, in tutte le «fasi» del procedimento, alla trattazione delle cause di «nuovo rito» «*devono essere riservati particolari giorni del calendario delle udienze*».

Il debutto del nuovo procedimento (ormai noto come «rito Fornero») è caratterizzato, però, da una certa dose di confusione e da una molteplicità di opzioni interpretative, già a partire dalla questione dell'accesso al rito speciale e quindi della sua fruibilità. La maggioranza dei commentatori ritiene che il nuovo procedimento sia obbligatorio nell'area di applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. E così si regolano molti tribunali, applicando le norme del rito speciale anche «d'ufficio». Ma non tutti la pensano così. Il Tribunale di Firenze, ad esempio, ha di recente diffuso un comunicato, approvato all'unanimità da tutti i giudici della sezione lavoro, nel quale si sostiene, non senza buone ragioni, la facoltatività del nuovo rito: secondo questa impostazione, la parte ricorrente può valutare se sia più confacente al proprio interesse utilizzare il nuovo procedimento sommario oppure procedere secondo il rito ordinario del lavoro (ad esempio perché ritiene di proporre, insieme all'impugnazione del licenziamento, anche altre domande relative al rapporto di lavoro, che altrimenti dovrebbero formare oggetto di un separato giudizio). Altra questione che divide le Corti è quella dell'applicabilità del nuovo rito alle impugnazioni di licenziamento che presuppongono l'accertamento della titolarità del rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso da quello che riveste formalmente tale posizione (come accade, ad esempio, quando viene prospettata una somministrazione irregolare di lavoro). Il Tribunale di Milano, con una decisione depositata il 25 ottobre scorso, ha dichiarato inammissibile un ricorso così congegnato. Il Tribunale di Napoli, invece, aveva nei giorni immediata-

mente precedenti pronunciato un'ordinanza di segno nettamente opposto, ritenendo possibile nel nuovo rito sommario, sia pure solo in via incidentale, l'accertamento di una diversa titolarità del rapporto di lavoro. Le incertezze applicative dunque si moltiplicano, e rischiano di produrre, nei successivi gradi di giudizio, la nullità di molti procedimenti.

Aldo Bottini

*L molteplicità di opzioni interpretative che la normativa del cosiddetto Rito Fornero offre ha indotto molti Tribunali d'Italia a redigere protocolli al fine di chiarire i loro orientamenti sugli aspetti processuali ed organizzativi del nuovo rito speciale.*

*Non sempre le soluzioni proposte coincidono.*

*Qui di seguito si pubblicano i protocolli del Tribunale di Venezia, che naturalmente interessa principalmente il nostro territorio, e del Tribunale di Firenze, che offre interpretazioni spesso peculiari in merito al nuovo rito, in primis sostenendone la facoltatività in contrasto con l'orientamento dominante.*

* * *

«Protocollo» del TRIBUNALE DI VENEZIA – SEZIONE LAVORO SUGLI ASPETTI PROCESSUALI ED ORGANIZZATIVI NEL RITO SPECIALE DELL'ART. 1 L. N. 92 DEL 2012 (C.D. LEGGE FORNERO).

*Premessa*

L'ufficio, all'esito delle riunioni dedicate alla materia ritiene in generale che le varie questioni attinenti al rito devono essere risolte tenendo presente la ratio della normativa *ex* commi da 48 a 68 (procedura speciale), costituita dalla creazione, per le impugnazioni dei licenziamenti assistiti da tutela reale, di una corsia preferenziale accelerata, e interpretando in modo assolutamente restrittivo la normativa in modo da riservare il rito acceleratorio alle sole questioni inerenti l'art. 18 st. lav., escludendo le interpretazioni che portano all'allargamento delle fattispecie da trattare con tale rito. Il criterio interpretativo deve dunque essere del massimo rigore nel limitarne l'applicazione ai soli casi previsti e senza appesantimento del procedimento oltre lo stretto necessario per la decisione sul licenziamento tutelato astrattamente dalla sanzione reintegratoria.

In questa prospettiva si deve evitare il trascinamento delle cause a tutela obbligatoria nel rito Fornero e le relative pronunce (ordinanza e sentenza) rimandandole nel binario ordinario.

Idem per le altre domande.

E ciò per non far rallentare le altre cause di importanza economica e coinvolgenti altri aspetti personali del rapporto più importanti rispetto a quelle del licenziamento in tutela obbligatoria.

*A) Si conviene sulla obbligatorietà del rito Fornero per art. 18 (non facoltatività)*

Il Presidente comunica che in base al sommario esame delle sopravvenienze nel semestre 2012 delle cause «vere» di applicazione di art. 18 è sufficiente, per rispettare i termini del rito speciale, ri-

tagliare nel ruolo due giorni di udienza mensili (ogni 15 giorni), indicando in essi una fascia oraria per le prime udienze di rito speciale.

Nel quadrimestre il dato è stato confermato (sufficienza delle fasce orarie programmate come da calendario allegato al verbale della precedente riunione).

Alla prima udienza non si sentono testi. Le udienze di prove saranno fissate in tempi ravvicinati.

*B) Incompatibilità giudice della fase sommaria/giudice dell'opposizione*

Argomentando anche da Corte Cost. 387/1999 (art. 28 st. lav. e incompatibilità) si ritiene che il giudizio di opposizione sia assegnato a magistrato diverso da quello che si è occupato della precedente fase (cfr. Roma, Firenze, Torino). È stata disposta richiesta di variazione tabellare sul punto.

*C) Cause cui applicare il rito nuovo*

C1) Interpretazione comma 47, «CONTROVERSIE AVENTI AD OGGETTO L'IMPUGNATIVA DEL LICENZIAMENTO» *ex* art. 18, «anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro», si concorda nel ritenere che la procedura speciale vada applicata per la domanda di impugnativa del licenziamento in tutti i casi in cui, al di là della veste formale attribuita al rapporto di lavoro, sia prospettata necessariamente:

1) La sussistenza di un rapporto subordinato assistito da tutela reale;

2) e sia allegata la cessazione del rapporto per atto unilaterale ad iniziativa del datore di lavoro (licenziamento).

La domanda proponibile con rito speciale è solo quella sulla illegittimità del licenziamento; se licenziamento – atto unilaterale datoriale – non c'è perché c'è dimissione, mutuo consenso, cadenza termine pattuito originariamente dalle parti, difetta il presupposto per la pronunzia con il rito speciale ed il ricorso va rigettato senza pronunzia accertativa della natura subordinata eventualmente emersa nell'istruttoria.

Si concorda nel ritenere che in difetto dei presupposti per la tutela *ex* art. 18 (es. mancanza requisito dimensionale) non vada emessa ordinanza sulla sola qualifica del rapporto, bensì vada rigettato il ricorso.

C2) Interpretazione comma 48 «Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi», si rileva in linea con quanto sopra evidenziato che comunque i fatti costitutivi del rito speciale da porre a paragone per verificare gli «identici fatti costitutivi» del comma 48 sono: la natura subordinata del rapporto e la risoluzione del rapporto ad iniziativa unilaterale datoriale.

Si ritiene di escludere trattarsi di identici fatti costitutivi la richiesta di differenze retributive (che non presuppongono il recesso datoriale e vanno quindi trattate con rito ordinario);

TIPOLOGIE DI DOMANDE

– *Rito speciale Fornero: domanda «secca»* ex *art. 18*

Il giudice accerta (eventualmente con istruttoria orale) che vi sono meno di 16 dipendenti: rigetta la domanda del rito speciale con ordinanza dichiarativa dell'assenza del requisito numerico, separa la causa per decidere sull'art. 8 (che è domanda contenuta implicitamente in quella *ex* art. 18 – Cass. 9460/91, 13375/03, 12579/03) mutando il rito *ex* art. 426-427 c.p.c.; fissa udienza *ex* art. 414 e concede termine perentorio a ricorrente e resistente per deposito memorie ed integrazione documenti.

– *Rito speciale Fornero, domanda art. 18 e in subordine art. 8*

Stessa soluzione.

La soluzione del mutamento di rito impedisce la decadenza di cui all'art. 32 L. 183/10.

– *Rito speciale Fornero, domanda art. 18 e altre domande cumulate diverse da quelle dell'art. I comma 47*

Certa la applicazione del requisito numerico, alla prima udienza si separano le domande cumu-

late, con mutamento di rito e fissazione udienza *ex* art. 414; il rito speciale prosegue per la domanda *ex* art. 18.

Per tutte queste ipotesi si esclude la declaratoria di inammissibilità (che chiuderebbe il processo con pronuncia in rito) essendo sanabile il vizio di rito con il mutamento dello stesso e la riconduzione sul binario proprio del rito ordinario *ex* art. 414.

Si esclude la decisione nel merito (es. art. 8) anche in materia di licenziamenti per i quali non è mai prevista la reintegra ma solo la modesta indennità risarcitoria prevista dall'art. 8.

– *Rito speciale Fornero, domanda art. 18 e domande riconvenzionali nella prima fase del rito speciale*

Sembra preferibile la stessa soluzione di cui sopra, a meno che il fatto materiale non sia identico (es. restituzione della cosa sottratta in occasione del licenziamento). Dubbio sulla inammissibilità delle riconvenzionali – art. 36 c.p.c. –. Viene inoltre rilevato che ai sensi del comma 56 nella fase di opposizione va invece trattata con rito speciale la domanda riconvenzionale fondata su fatti costitutivi identici a quelli su cui si fonda la domanda principale;

– *Ricorso* ex *art. 414 c.p.c. con domanda* ex *art. 18*

Va fissata con tempi stretti l'udienza e poi alla stessa si muta il rito in speciale.

– *Mutamento di rito*: sempre con ordinanza ossia in contraddittorio con le parti e mai con decreto del giudice al deposito del ricorso.

*D) Licenziamento intimato prima della legge 92/2012*

Si concorda nel ritenere le disposizioni relative alla procedura (commi da 48 a 68) applicabili immediatamente (18.7.2012) vedi verbale 18 luglio 2012.

*E) Rapporto con ricorsi d'urgenza*

Si propende per un'astratta compatibilità del ricorso *ex* art. 700 c.p.c., con qualche perplessità in ragione del fatto che il relativo giudizio di merito dovendo seguire la procedura speciale è a sua volta sommario.

Si concorda per il massimo rigore nel valutare il periculum in mora attesa la celerità della procedura speciale.

Si rimarca anche sotto tale profilo la necessità di attenersi alla tempistica prevista.

*F) Nessuna preclusione o decadenza nella prima fase del rito lavoro speciale* (salvo le allegazioni dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi del diritto fatto valere da proporre entro la prima udienza; il processo di opposizione deve rimanere nel tracciato definito con il ricorso introduttivo del processo e della memoria difensiva di costituzione).

*G) Non è precluso nessun mezzo di prova nella prima fase*

opportunità della limitazione dei testi da escutere (mezzi di prova indispensabili da eventualmente integrare nella fase di opposizione). I testi di norma non verranno sentiti alla prima udienza (salvo diversa disposizione del giudice).

*H) L'ordinanza di chiusura della prima fase;*

se non opposta produce gli effetti del giudicato.

*I) Sentenza della fase di opposizione*

Diversità e specialità del comma 57 rispetto all'art. 429 c.p.c.; non è prevista la lettura del dispositivo in udienza; il giudice riserva la decisione ed entro 10 giorni deposita in cancelleria a sentenza completa di dispositivo e motivazione.

Compatibilità con la sentenza contestuale.

* * *

«Protocollo» del TRIBUNALE DI FIRENZE – SEZIONE LAVORO – IN ORDINE AL C.D. RITO FORNERO.

All'esito della riunione di Sezione, tenutasi in data 17 ottobre 2012, cui hanno partecipato tutti i magistrati addetti alla stessa, sono state decise all'unanimità le seguenti opzioni interpretative, cui si atterranno tutti i giudici del lavoro del Tribunale di Firenze:

– FACOLTATIVITÀ DEL RITO: è facoltà della parte intraprendere un giudizio di impugnativa di licenziamento rientrante nell'art. 18 L. 300/70 con il rito previsto dalla riforma Fornero. Infatti è la parte attrice che deve valutare se nel caso concreto sia più utile procedere con tale nuovo rito o se sia più confacente agli interessi del cliente un ricorso *ex* art. 414 c.p.c. (ad esempio perché la domanda si associa ad ulteriori richieste afferenti il rapporto di lavoro, come ad esempio differenze retributive, diverso inquadramento, ecc.).

Depongono in favore di questa interpretazione sia il fatto che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in materia di art. 28 L. 300/70 (procedimento che ha qualche analogia con il rito in questione) ha già ritenuto ammissibile un'azione proposta *ex* art. 414 c.p.c., sia il fatto che, non essendo possibile presentare con il rito speciale domande diverse da quelle di cui al comma 47 dell'art. 1 della L. 92/2012, sarebbe illogico obbligare la parte, che eventualmente abbia più istanze di tutela, a proporre più cause (moltiplicando i processi).

– FRUIBILITÀ DEL RITO ANCHE DA PARTE DEL DATORE DI LAVORO: il datore di lavoro, dopo che il lavoratore ha impugnato stragiudizialmente il licenziamento, ha facoltà di proporre azione di accertamento negativo dell'illegittimità del licenziamento con il rito Fornero, se il lavoratore non ha ancora proposto azione giudiziaria. In questo caso il lavoratore, se vorrà proporre azione giudiziaria avverso il licenziamento sarà costretto ad intraprendere tempestivamente il giudizio con un ricorso *ex* L. 92/2012 e i due procedimenti verranno riuniti.

– PERMANENZA DELL'AZIONE *EX* ART. 700 c.p.c.: non può escludersi in astratto la permanenza dell'azione cautelare *ex* art. 700 c.p.c. alle controversie aventi ad oggetto il licenziamento, ma in concreto l'esame del requisito del periculum terrà conto del fatto che l'ordinamento mette a disposizione del lavoratore un rito che si caratterizza per una certa celerità.

– CONTROVERSIE COMPATIBILI CON IL RITO FORNERO: sono compatibili con questo rito tutte le azioni aventi ad oggetto i licenziamenti disciplinati dall'attuale art. 18 L. 300/70, anche se il giudizio riguardi un licenziamento intimato prima del 18/7/2012. La disciplina sostanziale, invece, sarà quella vigente al momento del licenziamento.

– INAMMISSIBILITÀ DEI RICORSI AVENTI AD OGGETTO UN LICENZIAMENTO SOTTOPOSTO ALLA TUTELA DI CUI ALL'ART. 8 L. 604/66: con il rito previsto dalla L. 92/2012 non possono essere presentate domande aventi ad oggetto la tutela c.d. obbligatoria, nemmeno se proposte in ipotesi. Il ricorso, limitatamente a queste domande, in questo caso è inammissibile. Qualora, a seguito di una domanda formulata *ex* art. 18 L. 300/70 (e quindi ammissibile) la sommaria istruttoria evidenzi l'insussistenza del requisito dimensionale che consente la tutela apprestata dall'art. 18, il giudice respingerà il ricorso, ma il lavoratore potrà proporre azione per la tutela obbligatoria con il rito lavoro ordinario.

– INAMMISSIBILITÀ DEI RICORSI AVENTI AD OGGETTO DOMANDE DIVERSE DA QUELLE PREVISTE DALL'ART. 1 COMMA 47: ogni domanda diversa da quelle previste dall'art. 1 comma 47 verrà dichiarata inammissibile. La domanda avente ad oggetto la richiesta di ricostituzione del rapporto per nullità della clausola oppositiva del termine non rientra tra quelle previste dalla legge per l'introduzione del giudizio con il rito Fornero.

– L'AZIONE INTRAPRESA CON IL RITO FORNERO IMPEDISCE LA DECADENZA DI CUI ALL'ART. 32 COLLEGATO LAVORO, ANCHE SE il GIUDICE DICHIARA INAMMISSIBILE IL RICORSO: qualora la parte abbia intrapreso l'azione con il rito Fornero ma il licenziamento non rientra tra le ipotesi previste dall'art. 18 L. 300/70, di tal che il giudice o respinge il ricorso (se la domanda è stata proposta chiedendo la tutela dell'art. 18 L. 300/70) o lo dichiara inammis-

sibile (quando nelle conclusioni si chiede la tutela di cui all'art. 8 L. 604/66), l'iniziativa giudiziaria comunque impedisce la decadenza prevista dall'art. 32 del Collegato Lavoro.

– DECADENZE E PRECLUSIONI: il rito previsto dalla L. 92/2012 è un rito speciale lavoro di 2° livello, di tal che, là ove non detta regole particolari che si discostino da quelle previste dagli artt. 409 e ss. c.p.c., devono applicarsi le norme del rito lavoro ordinario in quanto compatibili. Nella fase sommaria non ci sono decadenze dalle prove (in questo senso depone il richiamo all'art. 125 c.p.c.), ma si decade dalla allegazione dei fatti costitutivi, modificativi, impeditivi, estintivi se non dedotti, rispettivamente, nell'atto introduttivo del giudizio, o nella memoria di costituzione, da depositarsi entro 5 giorni prima dell'udienza. La contestazione dei fatti indicati in ricorso deve avvenire contestualmente alla costituzione in giudizio: essa è possibile anche in caso di costituzione tardiva. I fatti non contestati si ritengono provati.

– MEZZI ISTRUTTORI: sono compatibili con il rito tutti i mezzi istruttori previsti dal codice, ivi compresa la CTU. Per ragioni organizzative di regola alla prima udienza i testi non verranno sentiti, per cui i difensori delle parti sono esonerati dall'intimare e citare i testi per la data di udienza stabilita dal giudice con il decreto di fissazione.

– ORDINANZA E GIUDICATO: l'ordinanza che conclude la fase sommaria, se non opposta, produce gli effetti del giudicato.

– FASE DI OPPOSIZIONE: il giudizio di opposizione verrà assegnato ad un magistrato diverso da quello che si è occupato della fase sommaria. All'uopo è già stata predisposta la relativa variazione tabellare.

– SENTENZA CHE DEFINISCE LA FASE DI OPPOSIZIONE: la norma detta la regola speciale secondo cui il dispositivo e la motivazione devono essere depositati in cancelleria entro 10 giorni dall'udienza di discussione. Deve ritenersi pertanto non più possibile la lettura del dispositivo in udienza e il deposito della motivazione in un momento successivo. È sempre possibile, invece, la sentenza contestuale.

## CORRUZIONE E CONCUSSIONE DOPO LA LEGGE 190/12 UNA PRIMA ANALISI

Dopo 4 mesi dall'entrata in vigore della c.d. norme «anticorruzione» sembra giunto il momento di una prima, forse approssimativa, analisi del nuovo contesto normativo, con particolare riferimento al novellato regime dei reati di corruzione e concussione.

Approssimativa perché l'interpretazione giurisprudenziale di legittimità ha da poco iniziato ad affrontare le problematiche sottese alla novella legislativa, soprattutto con riferimento al regime intertemporale.

In estrema sintesi, le novità introdotte dalla L. 190/12 – tralasciando i semplici innalzamenti delle pene edittali – possono individuarsi nella complessiva riformulazione dei reati di corruzione e nello «spacchettamento» (termine orrendo, ma utilizzato anche dalla migliore dottrina) della concussione in due diversi reati, assai dissimili tra loro.

In materia di *corruzione*, la sostituzione dell'*art. 318 c.p.* (Corruzione per un atto d'ufficio) con la fattispecie di «Corruzione per l'esercizio della funzione» legittima normativamente la concezione clientelare del reato di corruzione (peraltro già abbondantemente adottata dalla giurisprudenza di legittimità). La vecchia formulazione del citato articolo, infatti, aveva adottato la c.d. concezione mercantile del reato di corruzione, concezione secondo la quale il connotato specifico dell'ipotesi delittuosa sta nella circostanza che il passaggio di utilità trova la propria ragione nel compimento, antecedente o susseguente, di una condotta funzionale. La nuova versione dell'art. 318 c.p., invece, adotta la concezione c.d. clientelare, in cui il passaggio di utilità avviene in ragione della qualità o del ruolo rivestiti da pubblico funzionario, a prescindere dal compimento di un qualunque atto.

Il mantenimento, peraltro, della disposizione successiva (art. 319 c.p.), per di più con pena aumentata, impone alcune considerazioni in ordine al rapporto attuale tra le due fattispecie.

Nel vigore della precedente normativa, infatti, il discrimine tra la corruzione propria (per atto contrario) ed impropria (per atto dell'ufficio) consisteva proprio

nella natura dell'atto compiuto dal P.U. È evidente per tutti, credo, che tale criterio distintivo non sia più utilizzabile ora.

Con quali conseguenze?

A mio sommesso avviso, la nuova struttura complessiva del reato di corruzione consta di un'ipotesi base (art. 318 c.p.) e di un'ipotesi specifica (art. 319 c.p.).

Con la prima, nella sostanza, si punisce il P.U. che riceva qualsivoglia utilità in ragione della sua funzione. Pleonastico è, infatti, l'uso dell'avverbio «indebitamente», atteso che ci si dovrebbe indicare qualche ipotesi (anche meramente scolastica) in cui il P.U. riceve (da un privato, è ovvio) «debitamente» una qualche utilità in ragione della sua funzione o dei suoi poteri.

In tale fattispecie rientrano sia la vecchia «corruzione impropria», sia la corruzione propria che non preveda, quale oggetto del mercimonio, uno specifico atto contrario ai doveri dell'ufficio.

Con la seconda, invece, si punisce più gravemente la condotta del P.U. qualora l'accettazione della promessa ovvero la dazione siano funzionali al compimento di un atto contrario ai doveri dell'ufficio, atto che deve essere ben individuato.

Guardandola in un'ottica processual-probatoria, la situazione è più o meno questa: se la pubblica accusa riuscirà ad individuare un atto contrario ai doveri d'ufficio, potrà contestare il reato di cui all'art. 319 c.p.; diversamente dovrà «limitarsi» a contestare il reato di cui all'art. 318 c.p.

In realtà, in tempi anche recenti, la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che la corruzione propria fosse configurabile anche quando la dazione era collegata ad un asservimento, più o meno sistematico, della funzione pubblica agli interessi del privato corruttore (tra tutte, Cass. Pen., Sez. Feriale, sentenza n. 34834 del 25/8/2009).

Questa interpretazione potrà ancora essere attuale alla luce delle modifiche apportate agli artt. 318 c.p. e 319 c.p.?

Ad avviso di chi scrive, la risposta più adeguata non può che essere negativa.

Le due forme di corruzione, ora, sono ben distinte e non più sulla base della natura dell'atto, bensì sulla base, diciamo così, dell'attività «venduta» da P.U., che non c'è, nel senso che non deve essere individuata, qualora si verta in un'ipotesi *ex* art. 318 c.p.; che dovrà, invece, essere individuata, con riferimento all'atto compiuto, omesso o ritardato, qualora si verta in un'ipotesi *ex* art. 319 c.p.

Un'ulteriore, un po' sottaciuta conseguenza della modifica dell'art. 318 c.p. riguarda l'avvenuta abrogazione della distinzione tra corruzione antecedente e susseguente: la nuova formulazione del citato articolo, non richiedendo l'individuazione di uno specifico atto, comporta che il corruttore sarà comunque punibile per la promessa o la dazione, con la conseguente creazione di una nuova fattispecie incriminatrice, atteso che nel sistema previgente in ipotesi di corruzione impropria susseguente il corruttore non era punibile.

In tema di *concussione*, invece, il legislatore ha scisso l'originaria ipotesi di concussione (art. 317 c.p.) in due diverse fattispecie di diversa gravità.

Si potrebbe, in buona sostanza, sostenere che, da un punto di vista del rapporto tra privato e P.U., il nostro codice individua tre possibili situazioni: 1) rapporto di parità (artt. 318 o 319 c.p.); 2) rapporto di limitata prevalenza del P.U. (art. 319 *quater* c.p.); 3) rapporto di totale prevalenza del P.U. (art. 317 c.p.).

In termini assai simili si è pronunciato l'Ufficio Studi della Corte di Cassazione nella Relazione III/11/2012 del 15/11/2012: «*in ogni caso, il "crinale" che divide le tre diverse figure di reato (dalla più lieve alla più grave: corruzione – induzione indebita – concussione) appare di non immediata individuazione, risultando impegnativo il compito dell'interprete (specie considerando che, nell'esperienza quotidiana, il comportamento di esplicita intimidazione del privato risulta essere, in definitiva, il meno frequente) di inquadrare nella corretta cornice giuridica il fatto concreto. Anzi, è forse il caso di sottolineare che i maggiori problemi, sotto questo profilo, potrebbero sorgere non tanto relativamente alla distinzione tra concussione e induzione indebita, ove l'oggettiva diversa caratterizzazione della condotta attuata sul privato, in un caso di induzione e nell'altro di coercizione, offre comunque, un criterio in grado di orientare l'interprete, quanto con riguardo alla necessità di distinguere tra induzione indebita e corruzione posto che in tale seconda figura le modalità della condotta del soggetto pubblico che riceve l'utilità o accetta la promessa sono lasciate indeterminate, sicché, in definitiva, l'unico elemento, peraltro impalpabile, di discrimine, rimarrebbe l'abuso della qualità o dei poteri, presente unicamente, come ricordato, nella figura di induzione indebita*».

Ultima rilevante modifica è l'esclusione dell'incaricato di pubblico servizio quale soggetto attivo del reato di concussione (art. 317 c.p.), con la conseguenza che la condotta «concussoria» di questi potrà essere sanzionata ai sensi dell'art. 629 c.p., aggravato *ex* art. 61 n. 9 c.p., anche se tale soluzione presenta alcune problematiche che non è qui il caso di affrontare.

La prima analisi (più sopra riportata) della Corte di Cassazione non in funzione giudicante, in realtà, si inserisce nel solco di una consistente produzione giurisprudenziale che, superata la fase storica di «mani pulite» ha, di fatto, espunto dal nostro ordinamento la figura della c.d. concussione ambientale: «*Integra la fattispecie della corruzione, e non quella della concussione anche cosiddetta "ambientale", una situazione in cui si apprezzi il sistematico pagamento di tangenti da parte di imprenditori di opere pubbliche, nella quale, in un contesto di costante flusso delle commesse, vengano privilegiati gli imprenditori che si siano opportunamente organizzati a tal fine, con conseguente disattivazione dei meccanismi propri della libera concorrenza. Infatti, l'inserimento in un sistema nel quale il mercanteggiamento dei pubblici poteri e la pratica della "tangente" siano costanti, non è agevole cogliere nel-*

*la parte privata, specie se identificabile con un gruppo imprenditoriale ben attrezzato sotto il profilo organizzativo e sotto quello economico, lo stato di soggezione, indispensabile per la configurazione della concussione, anche ambientale, posto che, in tale situazione, detta parte mira principalmente ad assicurarsi vantaggi al di fuori degli schemi legali, approfittando proprio dei meccanismi criminosi e divenendo protagonista del sistema illecito*». (Cass. Pen., sez. VI, 9 aprile 2008, n. 36154);

«*Non integra la fattispecie di concussione la condotta di semplice richiesta di denaro o altre utilità da parte del pubblico ufficiale in presenza di situazioni di mera pressione ambientale, senza però che questi abbia posto in essere atti di costrizione o di induzione, non potendosi fare applicazione analogica della norma incriminatrice, imperniata inequivocabilmente sullo stato di soggezione della vittima provocato dalla condotta del pubblico ufficiale. (Nella specie, la S.C. ha annullato la sentenza della corte di appello che aveva qualificato come concussione, piuttosto che corruzione, la mera richiesta di denaro o di altra utilità da parte del soggetto passivo, in forza di una generalizzata e notoria prassi in tal senso invalsa in un determinato settore della p.a.)*» (Cass. Pen., sez. VI, 11 gennaio 2011, n. 25694);

«*In tema di distinzione tra i reati di corruzione e concussione, non è ravvisabile l'ipotesi della concussione cosiddetta "ambientale" qualora il privato si inserisca in un sistema nel quale il mercanteggiamento dei pubblici poteri e la pratica della "tangente" sia costante, atteso che in tale situazione viene a mancare completamente lo stato di soggezione del privato, che tende ad assicurarsi vantaggi illeciti, approfittando dei meccanismi criminosi e divenendo anch'egli protagonista del sistema. (In applicazione di tale principio la S.C. ha ritenuto corretta la configurazione del reato di corruzione nella condotta di un privato che aveva promesso all'impiegato di un ufficio anagrafe una somma di denaro per agevolare il rilascio di un certificato di residenza)*» (Cass. Pen., sez. VI, 12 aprile 2011, n. 16335).

Va, però, rilevato come la Corte di Cassazione, quando è stata chiamata non ad esprimere una valutazione sulla riforma, ma ad applicare a casi concreti la riforma medesima, abbia manifestato due diverse correnti di pensiero a proposito, proprio, della differenziazione tra la concussione e l'induzione illecita.

Una prima interpretazione, infatti, (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 8695 del 4/12/12) individua l'elemento discriminante tra le due fattispecie nella gravità della pressione esercitata dal Pubblico Ufficiale nei confronti del privato utilizzando, da un punto di vista lessicale, i termini «coartare» (art. 317 c.p.) e «convincere» (art. 319 *quater* c.p.).

Una seconda interpretazione, invece, (Cass. Pen., Sez. VI, sentenza n. 1637 del 5/12/12) così recita: «*il termine costringe dell'art. 317 modificato dalla legge 190/12 significa qualunque violenza morale attuata con abuso di qualità o di poteri che si risolva in una minaccia, esplicita o implicita, di un male ingiusto recante lesione non*

*patrimoniale o patrimoniale, costituita da danno emergente o da lucro cessante. Rientra invece nell'induzione ai sensi del successivo art. 319* quater *la condotta del pubblico ufficiale che prospetti conseguenze sfavorevoli derivanti dall'applicazione della legge per ottenere il pagamento o la promessa indebita di denaro o altra utilità. In questo caso è punibile anche il soggetto indotto che mira ad un risultato illegittimo a lui favorevole, salva l'irretroattività della legge penale*».

In buona sostanza, quindi, ciò che differenzia le due fattispecie è la «qualità» del risultato cui mira il privato.

La banale considerazione che le due citate sentenze sono state emesse dalla medesima Sezione a distanza di un giorno rende evidente come ben poca chiarezza interpretativa vi sia, ad oggi, sul punto. E la ragione è assai chiara, a sommesso avviso di chi scrive: sono entrambe sentenze che decidono su fatti (e sulla sentenze dei precedenti gradi di giudizio) commessi (emesse) nella vigenza di diverse norme: si tratta di interpretazione «intertemporale». Ritengo che una più lucida analisi delle norme non potrà che avvenire, in futuro, da parte dei giudici di merito che si troveranno a giudicare fatti commessi già nel vigore dell'attuale normativa (sempre che, come invece minacciato, non intervengano nuove ed ulteriori modifiche all'attuale disciplina).

La modifica normativa più rilevante, comunque, pare essere quella che rende punibile anche l'indotto (ex concusso) all'illecita dazione o promessa.

Ed è più rilevante, diciamo così, in ogni stato e grado del processo.

Il privato che abbia trattenuto illeciti rapporti con un pubblico ufficiale, infatti, non potrà più essere posto di fronte alla semplice alternativa tra l'essere considerato concorrente nella corruzione o persona offesa della concussione (con ovvia scelta del soggetto medesimo). A queste due scelte alternative, infatti, se ne aggiunge una terza: potrà essere considerato concorrente (punito in modo meno grave) nel reato di induzione illecita. Sono evidenti le conseguenze che potranno derivare in punto scelte procedimentali (e poi processuali) del privato.

Ma sono già emerse anche conseguenze diverse, di ordine civilistico.

Appare evidente che il reato di cui all'art. 319 *quater* c.p. ha ora, come unico soggetto danneggiato (e persona offesa) la Pubblica Amministrazione: il privato che corrisponde l'utilità, concorrente nel reato, non potrà certo costituirsi parte civile per ottenere la ripetizione di quanto versato.

Ma, ancora una volta, *quid juris* rispetto ai procedimenti in corso?

La Corte di Cassazione se ne è già dovuta occupare e ha affermato (si tratta, al momento di mera notizia della decisione, le cui motivazioni non risultano ancora depositate – Cass. Pen., Sez. VI, sentenza 25/1/2013, ric. Ferretti) che il soggetto concusso costituitosi parte civile nel processo *per l'originario reato* di concussione per induzione *ex* art. 317 c.p., *conserva* la legittimazione all'azione civile, anche

dopo la riqualificazione del fatto ai sensi del nuovo art. 319-*quater*, comma 1 c.p.

Tale decisione, ragionevolmente, si fonda su principi in passato già espressi dalla Suprema Corte. In particolare sul principio in virtù del quale le vicende relative alla punibilità non incidono sulla natura di illecito civile del fatto al momento della sua commissione. In altri termini si erano già pronunciate le Sezioni Unite (21/1/1992) affermando che il diritto al risarcimento del danno non viene meno in conseguenza dell'*abolitio criminis*, in ragione del fatto che al diritto al risarcimento non si applica il principio di cui all'art. 2 c.p., bensì quello di cui all'art. 11 delle preleggi, con la conseguenza che, agli effetti civili, la legge, anche quella penale, non dispone che per l'avvenire, e in ogni caso non ha dunque effetto retroattivo.

Nessun dubbio sulla correttezza formale di questa decisione (se queste saranno le motivazioni), ma resta il retrogusto di una mancata spartizione del bottino tra i complici, soprattutto alla luce di quel citato orientamento giurisprudenziale secondo il quale nella nuova fattispecie di cui all'art. 319 *quater* c.p. il privato mira ad un vantaggio illecito (che ha ottenuto, vedendosi poi giudizialmente restituire il prezzo pagato).

Antonio Franchini

## L. 190/12: LA NUOVA STRUTTURA DEI REATI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Se immaginassimo di salire la scala della progressione criminosa del malaffare nella cosa pubblica, uno sguardo di insieme alla disciplina riformata dovrebbe partire dal nuovo reato di traffico di influenze illecite previsto dall'art. 346-*bis* cod. pen., che rappresenta proprio il primo gradino della tutela dei beni giuridici qui in gioco, ossia l'imparzialità, il buon andamento ed il prestigio della P.A.

La fattispecie si fonda su una triade soggettiva:

1) l'intermediario che sollecita la dazione o la promessa di un'utilità patrimoniale per farsi pagare la propria mediazione illecita presso il pubblico funzionario oppure perché dice che l'utilità serve per remunerare lo stesso pubblico funzionario;

2) il p.u. o l'i.p.s., che deve avere una relazione esistente con l'intermediario;

3) ed il terzo che dà o promette, il quale è normalmente – ma non necessariamente – un privato.

Intermediario e privato sono concorrenti necessari nel reato: anche del privato viene espressamente prevista la punibilità ed egli viene assoggettato alla stessa pena prevista per l'intermediario.

Per quanto riguarda il pubblico funzionario, invece, è solo richiesto che tra lui e l'intermediario esista una relazione, di quale tipo, però, non si dice.

Si tratta, infatti, di capire cosa quale genere di rapporto debba intercorrere tra l'uno e l'altro perché si abbia una «relazione esistente».

La questione non è di poco conto, almeno a prima vista, dato che su questo requisito di fattispecie parrebbe che si basi la differenza fondamentale tra il nuovo reato e quello di millantato credito.

Nel millantato credito il soggetto attivo, almeno secondo un orientamento diffuso, deve esercitare una vanteria, ossia ostentare di avere, senza in realtà averla, la capacità di esercitare un'influenza sui pubblici poteri, e talora si è precisato che non deve trattarsi di un semplice vanteria discorsiva, ma piuttosto del riferimento ad un rapporto tale da far ritenere credibile e attuabile la vanteria stessa.

È vero, però, che, secondo un certo indirizzo della Cassazione, il reato di millantato credito sussisterebbe anche quando il credito vantato dal soggetto attivo presso un pubblico funzionario sia effettivamente sussistente – e quindi una relazione tra i due esista –, ma venga ad arte e surrettiziamente ingigantito.

Forse questo indirizzo dovrebbe essere rivisto proprio alla luce della nuova fattispecie del traffico di influenze, restringendo il millantato credito all'ipotesi della vanteria pura e semplice, che assumerebbe sempre più nettamente le sembianze di una sorta di truffa *in re illicita* (senza voler entrare nel dibattuto tema dei rapporti tra truffa e millantato credito).

Dicevamo che il nuovo reato è il primo livello della tutela penale dei beni giuridici che abbiamo nominato.

Ed infatti, sono le sfere di operatività delle fattispecie delittuose contigue a tracciare, almeno ragionando per esclusione, i confini del nuovo reato di traffico di influenze illecite.

Se l'intermediario rivolge al pubblico funzionario la proposta illecita e questo accetta la dazione o la promessa per compiere un atto contrario ai doveri di ufficio ovvero per omettere o ritardare un atto dell'ufficio, i tre soggetti del traffico di influenze illecite divengono tutti concorrenti in una corruzione propria, eventualmente potrà trattarsi di una corruzione in atti giudiziari.

La corruzione in questo caso si deve ritenere senz'altro assorbente rispetto al traffico di influenze illecite, in quanto è lo stesso art. 346-*bis* che prevede un clausola espressa di esclusione con riferimento ai reati di cui agli artt. 319 e 319-*bis*.

Se, invece, il pubblico funzionario non accettasse la proposta illecita dell'intermediario, si verserebbe in un'ipotesi di istigazione alla corruzione propria prevista dall'art. 322 cod. pen.

Questa fattispecie non è espressamente contemplata dalla clausola di salvezza dell'art. 346-*bis*, ma l'esclusione del concorso di reati potrebbe fondarsi sull'antefatto non punibile o sul principio di consunzione o progressione criminosa.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se la consumazione del traffico di influenze illecite richieda però che l'intermediario almeno interceda effettivamente presso il pubblico funzionario, ma senza dare o promettere alcunché (altrimenti vi sarebbe quantomeno istigazione alla corruzione).

Oppure se basti il perfezionamento del *preaccordo di intercessione illecita in sé e per considerato*, vale a dire l'intesa tra venditore ed acquirente di influenze, anche se il venditore non prende poi alcun contatto con il pubblico funzionario.

In questa seconda ipotesi la tutela penale sarebbe veramente anticipata ed il sistema penale verrebbe a punire qualsiasi accordo prodromico ad un eventuale epilogo corruttivo.

Da tutto questo discorso, peraltro, sembra rimanere fuori il riferimento alla

corruzione impropria di cui all'art. 318 cod. pen., oggi ridisegnata dalla legge di riforma.

La clausola di esclusione dell'art. 346-*bis* cod. pen. non menziona l'art. 318, sicché si potrebbe pervenire a due conclusioni interpretative l'una opposta all'altra:

1) il reato di traffico di influenze può concorrere con il reato di corruzione impropria;

2) ovvero, valorizzando la circostanza che l'esclusione del riferimento all'art. 318 nella clausola di salvezza è stata un'esclusione consapevole (avvenuta durante il passaggio in Senato del disegno di legge), non è configurabile in astratto un traffico delle influenze illecite finalizzato all'esercizio della funzione in conformità ai doveri di ufficio.

Non è un problema da poco, perché vi è chi, a fronte della prima opzione interpretativa, ha manifestato il timore che finiscano per essere punite attività lecite di *lobby*.

Il secondo gradino della scala di progressione criminosa che stiamo salendo è occupato dalle figure di corruzione.

Qui la novità sostanziale è costituita dalla modifica della fattispecie della corruzione c.d. impropria dell'art. 318 cod. pen., che perde il riferimento ad uno specifico atto dell'ufficio per scolorire nell'«esercizio delle funzioni o dei poteri» del pubblico agente.

Vi sarebbe un'altra novità: oggi, a differenza di ieri, è punita anche la corruzione impropria susseguente attiva, perché, da un lato, il 318 non distingue più tra corruzione antecedente al primo comma e corruzione susseguente al secondo comma; essendo oggi a comma unico; dall'altro lato, il 321, nel prevedere la punibilità anche del corruttore, rinvia al primo comma – che oggi è l'unico comma – del 318.

Ma, per tornare alla prima novità, sembra che quella dell'art. 318 sia divenuta una fattispecie generale di corruzione, astrattamente idonea ad essere applicata a tutte le forme di patto corruttivo, e rispetto alla quale la corruzione propria comune dell'art. 319 e quella in atti giudiziari dell'art. 319-*ter* rappresenterebbero figure specializzate: continuando ad esistere, si applicano in deroga all'art. 318 perché *lex specialis* rispetto a tale norma.

Si dirà – e, naturalmente, è già stato detto subito – che, in realtà, la novità della riformulazione dell'art. 318 è più apparente che reale, perché già da tempo la giurisprudenza di legittimità applicava lo schema tipico della corruzione alla c.d. «corruzione per asservimento», al caso cioè del pubblico funzionario «a libro paga». Sappiamo tutti, infatti, che la fattispecie della corruzione viene riferita anche a quelle ipotesi in cui il p.a. viene retribuito per porre in essere una pluralità di atti

che sono magari anche tutti formalmente legittimi, ma che mirano alla realizzaizone di una finalità diversa dalla pubblica utilità, oppure a quelle ipotesi in cui il p.a. fa mercimonio della propria funzione, mettendosi a disposizione del privato, ovviamente dietro compenso, per raggiungere un certo obbiettivo o per rendergli in futuro favori che non vengono immediatemente precisati, cosicché non sono nemmeno predeterminati i singoli atti attraverso i quali sarà realizzato l'obbiettivo o saranno resi questi favori.

Il fatto è che queste ipotesi, che perdevano di vista il singolo atto o che si incentravano su atti dell'ufficio e non già contrari ai doveri di ufficio, venivano fatte rientrare dalla giurisprudenza nella fattispecie della corruzione propria.

V'è da chiedersi allora se oggi queste forme di corruzione non debbano piuttosto rientrare nella fattispecie generale della corruzione impropria di cui all'art. 318, grazie appunto alla formulazione generale che essa ha assunto.

Con tutto ciò che ne consegue:

– sia dal punto di vista del trattamento sanzionatorio (318 = da uno a cinque anni; 319 = da quattro ad otto anni),

– sia del conseguente regime della prescrizione (318 ha un termine ordinario di sei anni e massimo di sette anni e sei mesi per l'incensurato ed il recidivo semplice; 319 ha un termine ordinario di otto anni e massimo di dieci anni per l'incensurato od il recidivo semplice)

– sia, infine, dal punto di vista della successione delle leggi penali nel tempo, trattandosi di norma più favorevole *ex* art. 2, co. 4 cod. pen. (qui la diversità del trattamento sanzionatorio è meno rilevante, perché si dovrebbe applicare ai fatti *ante* riforma ed ancora *sub iudice* la nuova pena edittale dell'art. 318, che va da uno a cinque anni, anziché quella della vecchia formulazione del 319, che andava da due a cinque anni; peraltro, un anno di pena edittale minima potrebbe senz'altro consentire la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria, grazie alla concesisone di una sola attenuante, dato che ormai da molto tempo non esiste più l'esclusione oggettiva dei reati di corruzione dall'applicabilità delle sanzioni sostitutive).

A metà strada tra corruzione e concussione – ma forse più verso la prima che la seconda – si colloca la nuova figura dell'induzione indebita a dare o promettere utilità introdotta con l'art. 319-*quater* cod. pen.

La nuova fattispecie nasce – usando un termine brutto ma espressivo – dallo spacchettamento dell'originaria concussione in due distinte fattispecie:

1) quella della concussione per costrizione, che rimane all'interno dell'art. 317 cod. pen., ma il cui soggetto attivo oggi può essere solo il p.u. e non anche l'i.p.s., sicché viene da chiedersi quale sarà la sorte dell'i.p.s. che, abusando dei suoi poteri o della sua qualità, costringe il privato alla promessa od alla dazione.

Viene subito da pensare all'estorsione aggravata *ex* art. 61, n. 9) cod. pen., forse però con qualche problema sul piano della ragionevolezza: se l'aggravante soccombe a fronte di una o più circostanze attenuanti ritenute prevalenti, la pena va da cinque a dieci anni, mentre quella della concussione per costrizione del p.u. va da sei a dodici; se, invece, l'aggravante rimane e può concretamente esplicare il proprio effetto sanzionatorio, la cornice edittale dell'estorsione aggravata, entro cui potrebbe spaziare il giudice, risulta potenzialmente più severa di quella della concussione dell'art. 317 cod. pen.; tutto questo, naturalmente se la condotta dell'i.p.s. produce un danno patrimoniale perché, diversamente, si dovrà ricorrere probabilmente alla violenza privata con conseguente applicabilità di pene assai più miti di quelle del 317: la reclusione da quindici giorni a quattro anni anziché quella da sei a dodici anni prevista per la concussione per costrizione commessa dal p.u.;

2) la seconda fattispecie derivante dallo spacchettamento è quella, appunto, dell'art. 319-*quater* cod. pen., in cui confluisce la vecchia concussione per induzione, che cambia nome, ma non sembra cambiare struttura dal lato del pubblico funzionario, nel senso che la sua condotta tipica rimane esattamente identica, mentre viene oggi criminalizzata anche la condotta del privato che dà o promette l'utilità, pur assoggettandolo ad una pena assai più mite di quella prevista per il pubblico funzionario.

C'è sicuramente continuità normativa tra la vecchia concussione per induzione dell'art. 317 cod. pen. e la nuova induzione indebita a dare o promettere utilità? Parrebbe di sì a leggere le due disposizioni, dato che il 319-*quater* oggi ospita la stessa fattispecie incriminatrice del p.u. o dell'i.p.s. che prima era ospitata dal 317 (naturalmente per il privato quella del secondo comma del 319 *quater* è, invece una incriminazione del tutto nuova).

Sarà senz'altro così, anche se c'è qualcosa che ancora non mi convince – anzi, che proprio non capisco –, perché se in una fattispecie delittuosa chi ieri era vittima del reato oggi diviene concorrente necessario nello stesso reato, mi chiedo se basti dire che è stata introdotta una fattispecie monosoggettiva di dazione indotta (quella del privato), mentre, come abbiamo appena detto, la fattispecie incriminatrice del p.a. è rimasta immutata, oppure non si debba dire che è proprio cambiata la natura del reato.

E se è cambiata, se e come tale mutamento può giocare un ruolo nel fenomeno della successione nel tempo delle norme penali?

Se prima della riforma, anche a livello di formulazione dell'imputazione, non faceva differenza distinguere tra costrizione od induzione – ed, infatti, spesso si leggeva nei capi di imputazione che il pubblico funzionario «costringeva o, comunque, induceva Tizio», oggi la differenza diviene rilevante.

Anzi, rilevantissima, perché la vittima della concussione per costrizione è persona offesa dal reato – se, come oramai si ritiene, il reato è plurioffensivo – o comunque persona danneggiata dal reato e, quindi potenziale parte civile, ed è, soprattutto, persona informata sui fatti durante le indagini e testimone nel dibattimento; la sua parola può bastare – e spesso è bastata – per far condannare il pubblico funzionario.

Nella nuova fattispecie dell'art. 319-*quater*, invece, le cose stanno in modo assai diverso: qui il privato è concorrente necessario nel reato ed è espressamente punibile: la sua parola non basta da sola a formare la prova sufficiente della colpevolezza del pubblico funzionario, perché le dichiarazioni del privato in questo caso dovrebbero essere soggette alle regola processuale di valutazione dettata dall'art. 192: occorrono cioè i riscontri esterni.

Diventa allora essenziale distinguere concettualmente la costrizione dall'induzione.

Il rischio è – permettete il gioco di parole – di uno scivolamento verso l'alto, ossia che comportamenti che in passato venivano ritenuti di carattere induttivo oggi vengano ricondotti alla concussione per costrizione, assai probabilmente per esigenze di una semplificazione probatoria ed investigativa, ma forse perché, in fondo in fondo, un po' ripugna l'idea di punire chi è vittima e, prima della novella, era anche normativamente una vittima (oggi normativamente è un concorrente necessario nel reato).

La minaccia implicita o larvata è costrizione od induzione?

Nelle primissime decisioni della Suprema Corte si dice che l'induzione è un fenomeno residuale, perché comprende tutto quello che si realizza senza la costrizione; ma poi si aggiunge che l'art. 317 (la concussione per costrizione) ricomprende sia la violenza assoluta – però assai difficilmente immaginabile in un reato caratterizzato comunque dall'esercizio, seppure abusivo, di un pubblico potere – sia la violenza morale, ossia la minaccia di un danno ingiusto.

Si aggiunge che la minaccia costrittiva può anche essere implicita e posta in modo indiretto, purché, appunto, venga prospettato un danno ingiusto ed il contegno sia in grado di coartare la volontà del soggetto passivo, sicché si conclude – cito testualmente – che «*rientreranno nella concussione oggi punita* ex *art. 317 c.p. tutti quegli atteggiamenti comportamentali che prima, in assenza di una intimidazione esplicita, finivano comunque per essere ricondotti all'ipotesi concussiva in ragione della indifferenza tra costrizione e induzione*» (Cass., sez. VI, 5 dicembre 2012 - 22 gennaio 2013, n. 3251).

Ancora, queste prime applicazioni giurisprudenziali della novella intendono cogliere la distinzione tra costrizione ed induzione non nell'intensità psicologica della pressione esercitata, ma nella qualità di tale pressione: si configura il 317 se si

prospetta un danno ingiusto, mentre sussiste il 319-*quater* se il p.a. prospetta conseguenze sfavorevoli derivanti dall'applicazione della legge – quindi un danno che non è *contra ius* – per ricevere il pagamento o la promessa di un'indebita mercede.

Rimane poi il problema della delimitazione verso il basso, che oggi consiste nel problema di tracciare i confini tra il 319-*quater* e la corruzione.

Il problema resta infatti immutato anche dopo la novella, perché il 319 *quater* riproduce esattamente il vecchio schema della concussione mediante induzione, sicché è tutt'altro che risolta anche la questione della c.d. concussione ambientale.

Far trasmigrare tale fenomeno della c.d. concussione ambientale nella nuova fattispecie dell'art. 319-*quater*, almeno quando non sia facile predicare l'esistenza di un vero e proprio abuso dei poteri o della qualità commesso dal pubblico funzionario, il quale piuttosto sfrutta l'atmosfera ambientale, significherebbe punire comunque il privato, ma punirlo in modo assai più blando di quanto non venga punito il corruttore: il 319 *quater* sanziona il privato con la pena della reclusione da quindici giorni a tre anni: un patteggiamento a prezzi di saldo, magari alla pena sostitutiva, non sembra difficile da ottenere).

Invece, il 321, in relazione al 319, sanziona il privato corruttore con quella della reclusione da quattro ad otto anni.

Per il pubblico funzionario, invece, non fa molta differenza l'una o l'altra qualificazione giuridica: da tre ad otto anni con il 319 *quater*, da quattro ad otto con il 319.

È legittimo, allora, il timore di quello che è stato definito un uso premiale delle figure liminari: il privato che parla – e che potrebbe, nell'uno e nell'altro caso, avvalersi della facoltà di non rispondere, essendo sempre concorrente necessario punibile – potrebbe essere premiato con la contestazione del 319 *quater*, anziché essere accusato del 319 che prevede una pena da quattro ad otto anni di reclusione od anche solo del 318, che pur sempre prevede la pena da uno a cinque anni: naturalmente, sto sempre ragionando delle ipotesi limite.

Alessandro Rampinelli

# Diritto amministrativo

Consiglio di Stato, sentenza 22 novembre 2012, n. 5928 – Pres. Giovannini – Estensore De Nictolis

*1. Nelle gare ad evidenza pubblica, aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve in generale ritenersi vietata la commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, e ciò al fine di prevenire il pericolo che gli elementi economici influiscano sulla previa valutazione dell'offerta tecnica, a tutela dei principi di imparzialità e trasparenza.*

*2. Considerato tale divieto, dal quadro normativo generale si possono desumere i seguenti criteri:* a*) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche;* b*) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate;* c*) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche;* d*) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla:* e*) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.*

(riforma TAR Veneto, sez. I$^{a}$, n. 63/2011).

*Svolgimento del processo*

1. L'Ente X ha indetto una gara di appalto di lavori di «riorganizzazione della viabilità in corrispondenza della rotatoria Picchi» da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con importo complessivo a base di gara di euro 10.530.629,20.

L'appalto è stato aggiudicato all'a.t.i. costituenda Z, odierna controinteressata, che ha conseguito punti 85,55.

La seconda classificata è stata, con punti 83,54, l'a.t.i. costituenda Y.

2. La seconda classificata Y ha proposto ricorso e successivi motivi aggiunti al Tar Veneto contro:

– la determinazione dirigenziale 1 luglio 2010 dell'Ente X, con cui sono state approvate le risultanze della gara e l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva all'a.t.i. controinteressata;

– il verbale di gara 31 marzo 2010, n. 6 relativo alla seduta in cui la commissione di gara ha esaminato le offerte tecniche;

– il verbale di gara 8 aprile 2010, n. 7 relativo alla seduta in cui la commissione di gara ha attribuito i punteggi alle offerte tecniche;

– il verbale di gara 22 aprile 2010, n. 8 relativo alla seduta pubblica in cui la commissione ha dato lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, ha aperto le buste contenenti le offerte economiche, quelle contenenti l'offerta tempo e quella contenente l'offerta in aumento della soglia dei sal, ha attribuito i punteggi e ha stilato la graduatoria dichiarando l'aggiudicazione provvisoria;

– il contratto eventualmente *medio tempore* stipulato.

3. Con il ricorso di primo grado si è dedotto che:

– la legge di gara prevedeva anche la presentazione da parte dei concorrenti di quattro offerte tecniche migliorative;

– nell'ambito dell'offerta tecnica migliorativa 2 per tipologia ed elementi funzionali degli impianti tecnologici generali (elettrici e di illuminazione) dell'a.t.i. aggiudicataria vi sarebbe una illegittima commistione tra elementi tecnici ed elementi economici, in violazione del disciplinare di gara (pag. 15) che vieta a pena di esclusione l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi «in qualche modo riconducibili ad aspetti di offerta economica»;

– tre delle quattro offerte tecniche migliorative presentate dall'a.t.i. aggiudicataria, e in particolare le offerte 1, 3 e 4, violerebbero la prescrizione del capitolato (pag. 13, punto e) secondo cui «le proposte migliorative offerte devono essere formulate mediante la descrizione della proposta stessa, della relativa voce di descrizione del lavoro e dei materiali. In mancanza della descrizione della voce di lavoro e dei materiali, alla proposta migliorativa verrà attribuito coefficiente zero»;

– a tali tre offerte migliorative avrebbe dovuto essere attribuito punteggio zero e questo avrebbe comportato la conquista del primo posto da parte dell'a.t.i. ricorrente.

4. A sua volta l'a.t.i. controinteressata ha proposto in primo grado ricorso incidentale con cui ha proposto analoghe censure nei confronti dell'a.t.i. ricorrente; anche la sua offerta tecnica presenterebbe una commistione con elementi di offerta economica, e anche la sua offerta migliorativa 1 relativa alla tipologia delle fondazioni profonde violerebbe la prescrizione del disciplinare relativa alla descrizione del lavoro e dei materiali.

5. Con ordinanza n. 617/2010 il Tar ha accolto la domanda cautelare.

6. Con la sentenza in epigrafe (Tar Veneto, 18 gennaio 2011, n. 63) il giudice di primo grado:

– ha respinto il primo motivo del ricorso di primo grado ritenendo che l'offerta aggiudicataria non contenga una commistione di elementi tecnici ed economici, in quanto indica prezzi ipotetici del sistema di illuminazione indicato dalla stazione appaltante e di quello alternativo offerto dalla concorrente, al fine di dare un ordine di idee dei vantaggi economici in termini di risparmio energetico e contenimento dei costi, come prescritto dalla stessa legge di gara; i prezzi indicati sarebbero ipotetici prezzi di mercato non coincidenti, poi, con quelli effettivamente offerti nella sede propria, ossia l'offerta economica;

– ha esaminato il ricorso incidentale nella parte in cui sostiene che l'offerta migliorativa 1 dell'a.t.i. ricorrente doveva avere coefficiente zero, e accolto tale motivo in base al rilievo che effettivamente tale offerta non conteneva le voci di descrizione del lavoro e dei materiali;

– ha assorbito, per l'effetto, il secondo motivo del ricorso di primo grado;

– ha compensato le spese di lite.

7. Ha proposto appello l'originaria ricorrente, ritualmente e tempestivamente notificato e depositato.

Si sono costituite le altre parti opponendosi all'accoglimento del gravame.

8. L'appello contiene anche la domanda di sospensione della sentenza gravata.

8.1. La sezione, con ordinanza 23 marzo 2011, n. 1337 ha respinto la domanda cautelare ritenen-

do, «*nei limiti della delibazione sommaria, che appare condivisibile l'impostazione della sentenza appellata, nella parte in cui rileva l'inidoneità dei prezzi esplicitati nell'offerta tecnica a rivelare il contenuto dell'offerta economica, mentre merita l'approfondimento proprio dell'esame nel merito la questione relativa all'insufficiente descrizione delle proposte migliorative di entrambe le parti*».

L'ordinanza ha condannato l'a.t.i. ricorrente al pagamento delle spese della fase cautelare nella misura complessiva di euro 10.000 e in particolare di euro 5.000 in favore di ciascuna delle parti costituite.

9. Con il primo motivo di gravame (da pag. 9 a pag. 23 dell'atto di appello) si lamenta la violazione ed errata interpretazione e applicazione della *lex specialis* di gara e dei principi normativi relativi alla *par condicio* dei concorrenti e alla segretezza delle offerte, nonché l'omesso ed errato esame degli atti di causa.

Si assume, in dettaglio, che:

– con il ricorso di primo grado si lamentava che nell'offerta migliorativa 2 l'a.t.i. aggiudicataria aveva indicato il costo unitario di euro 892 a fianco del proposto corpo illuminante a LED 114 W e il costo unitario di euro 475 a fianco del corpo illuminante posto a base di gara «Philip Modena 150 W SAP»;

– con i motivi aggiunti di primo grado si era precisato che detti prezzi non erano listini di prezzi al pubblico, ma una vera e propria offerta della concorrente, sicché non era invocabile la tesi giurisprudenziale secondo cui non c'è commistione tra elementi tecnici ed economici se nell'offerta tecnica si inseriscono listini prezzi al pubblico provenienti da case produttrici di beni;

– pertanto i prezzi indicati nell'offerta migliorativa 2 non erano costi virtuali o prezzi di listino, e nemmeno i prezzi indicati dalla stazione appaltante a base di gara, ma avrebbero costituito una vera e propria offerta economica illegittimamente contenuta nell'offerta tecnica;

– essendo il prezzo per il corpo illuminante SAP a base di gara pari a euro 760, e quello indicato nell'offerta tecnica pari a euro 475, la concorrente avrebbe anticipato un ribasso del prezzo pari al 37,5%;

– a torto il Tar ha accolto la prospettazione che sarebbero stati indicati nell'offerta tecnica solo «prezzi ipotetici»;

– né sarebbe rilevante che i prezzi indicati nell'offerta economica per il corpo illuminante SAP e quello a Led sono diversi da quelli indicati nell'offerta tecnica, e ad essi superiori, perché questa è solo una valutazione *ex post*, resa possibile dopo l'apertura dell'offerta economica, mentre per valutare la commistione tra offerta tecnica ed economica occorreva compiere una valutazione *ex ante*, al momento dell'apertura dell'offerta tecnica; infatti la legge di gara vietava in modo assoluto l'indicazione di elementi di offerta economica nell'offerta tecnica, e secondo l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la commistione è vietata a prescindere dalla idoneità del dato economico prospettato a consentire la ricostruzione del prezzo indicato nell'offerta economica (parere 27 maggio 2010, n. 107);

– la circostanza che il disciplinare di gara indica tra i criteri dell'offerta tecnica la minimizzazione dei costi di gestione della manutenzione programmata e periodica non giustifica l'interpretazione, fatta propria anche dal Tar secondo cui l'offerta tecnica doveva necessariamente contenere elementi di offerta economica; si sarebbe potuto indicare solo le caratteristiche tecniche; per converso sarebbe stato possibile indicare elementi economici quanto al contenimento dei consumi energetici e all'utilizzo di energie rinnovabili e all'aspetto della manutenzione, come avrebbero fatto l'a.t.i. appellante ed altri concorrenti.

10. Il mezzo è infondato e la sentenza merita conferma.

10.1. Le motivazioni della sentenza non sono scalfite dalle critiche dell'appellante e il Collegio le fa proprie.

10.2. In aggiunta, osserva il Collegio che lo stesso codice appalti, nell'indicare gli elementi che compongono l'offerta tecnica, indica voci che presentano elementi di tipo quantitativo - economico, quali il contenimento dei consumi energetici, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività (art. 83, comma 1, lett. *e*), *f*), *g*), d.lgs. n. 163/2006).

A sua volta il regolamento attuativo del codice appalti prescrive che le offerte tecniche siano esaminate in seduta segreta e che solo successivamente, in seduta pubblica, siano esaminate le offerte economiche (art. 120 d.P.R. n. 207/2010).

Questo al precipuo fine di evitare che in sede di valutazione delle offerte tecniche la commissione possa essere influenzata da elementi di natura economica.

Come si vede, nessuna disposizione né di legge né di regolamento pone un divieto assoluto di elementi di tipo economico nell'offerta tecnica.

10.3. Peraltro copiosa giurisprudenza ritiene vietata la commistione tra offerta tecnica ed economica, al fine di prevenire il suddetto pericolo che gli elementi economici influiscano sulla previa valutazione dell'offerta tecnica, in violazione del principio sotteso alle norme vigenti, di segretezza dell'offerta economica fino al completamento della valutazione delle offerte tecniche.

Ma anche la giurisprudenza (invocata dall'appellante) non si spinge ad affermare il divieto assoluto di indicare elementi economici all'interno dell'offerta tecnica, nel modo rigoroso preteso dall'appellante.

10.4. La giurisprudenza si è occupata di casi in cui in modo palese e vistoso risultava violato il principio di segretezza dell'offerta economica fino al completamento della fase di valutazione delle offerte tecniche:

– in alcuni casi l'offerta tecnica era corredata del computo estimativo contenente l'intera offerta economica (Cons. St., sez. V, 9 giugno 2009, n. 2575) ovvero una percentuale di essa pari a circa il 10% (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010, n. 6509);

– in alcuni casi l'offerta economica non era stata inserita in apposita busta sigillata (Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2007, n. 196; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2001, n. 3962);

– in un caso l'offerta economica era stata erroneamente inserita nella busta contenente la documentazione amministrativa, che è quella che viene aperta per prima, prima ancora della busta contenente l'offerta tecnica, sicché palesemente l'offerta economica era divenuta nota prima di quella tecnica (Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6795);

– in alcuni la commissione aveva aperto la busta con l'offerta economica prima di quella con l'offerta tecnica (Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2002, n. 3848; Id., sez. V, 31 dicembre 1998, n. 1996; Id., sez. VI, 3 giugno, 1997 n. 839);

– in alcuni era stata la *lex specialis* a prevedere, nell'ambito dell'offerta tecnica, elementi economici (Cons. St., sez. V, 25 maggio 2009, n. 3217), talora incidenti in percentuale rilevante, pari o superiore al 10%, rispetto alla complessiva offerta economica (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2012, n. 5121).

10.5. Alla luce delle norme vigenti, come interpretate dalla giurisprudenza, e considerato il difetto espresso di una norma primaria o regolamentare che vieti in modo assoluto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica, si deve ritenere che dal quadro normativo si desumano i seguenti principi:

*a*) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche;

*b*) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate;

*c*) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche;

*d*) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla;

*e*) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica.

10.6. È alla luce di tali criteri che va interpretata, secondo criteri non solo letterali, ma anche lo-

gici e sistematici, la prescrizione del disciplinare di gara (pag. 15) che vieta a pena di esclusione l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi «*in qualche modo riconducibili ad aspetti di offerta economica*».

Appunto è vietato dalla *lex specialis* di gara non già l'inserimento in sé di elementi economici nell'offerta tecnica (il che era impossibile avuto riguardo alle stesse prescrizioni del disciplinare di gara che comportavano il necessario inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica), ma l'inserimento di elementi riconducibili alla specifica offerta economica correlata all'offerta tecnica.

10.7. Nel caso di specie è pacifico che, al di là della questione di quale sia la fonte dei costi indicati nell'offerta migliorativa 2 dell'a.t.i. aggiudicataria (prezzi di listini pubblici, costi di mercato, costi ipotetici), i prezzi indicati sono diversi, con uno scarto di circa il 15%, rispetto ai prezzi effettivi indicati nell'offerta economica (che sono maggiori di circa il 15%), e sono dunque correttamente stati ritenuti, sia dal seggio di gara, sia dal Tar, prezzi ipotetici che non violano la segretezza dell'offerta economica.

Si tratta inoltre di prezzi relativi ad una singola voce marginale, il corpo illuminante, e peraltro relativi ad una proposta migliorativa che era mera facoltà della stazione appaltante accettare o meno.

In nessun modo la indicazione di due voci di prezzo a confronto nell'offerta tecnica (una sola era la prestazione che avrebbe scelto la stazione appaltante, e dunque uno solo dei due prezzi sarebbe stato rilevante) può aver violato la segretezza dell'offerta economica e influito sulle valutazioni della commissione di gara.

Per quanto esposto va respinto il primo motivo di appello.

*Omissis.*

13. In conclusione, l'appello va respinto.

*Omissis.*

*P.Q.M.*

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

*Omissis.*

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012.

Giorgio Giovannini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 22/11/2012.

# CRITERI INTERPRETATIVI INERENTI IL DIVIETO DI COMMISSIONE TRA OFFERTA TECNICA E OFFERTA ECONOMICA NEGLI APPALTI AD OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

## 1. Premessa: il fatto e le decisioni di primo e secondo grado

La vicenda oggetto del presente approfondimento concerne un appalto di opera pubblica bandito dall'Ente X, riguardante la realizzazione di una rotonda, con conseguente modifica della viabilità circostante e comportante anche la costruzione di due sottopassi.

Il bando ed il disciplinare di gara prevedevano l'aggiudicazione mediante il cri-

terio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo quanto previsto dagli artt. 54, 55, 81 e 83 del D.Lgs. 163/2006.

Il prezzo posto a base d'asta era pari ad Euro 10.530.629,20.

Veniva quindi espletata la gara e veniva effettuata l'aggiudicazione a favore di una A.T.I., costituitasi per la partecipazione al predetto appalto, con un punteggio di 85.55/100.00.

Altra A.T.I., però, classificatasi come seconda con un punteggio di 83.54/100.00, impugnava avanti al TAR Veneto l'aggiudicazione definitiva, eccependo che l'A.T.I. aggiudicataria aveva violato le norme del Disciplinare di gara, avendo inserito nella busta B. – Offerta tecnica, ed in particolare nell'elaborato OM.02, relativo alle proposte migliorative, i prezzi dei corpi illuminanti da installare lungo la nuova rotonda da realizzare, con ciò anticipando elementi dell'offerta economica che, a pena d'esclusione, potevano essere inseriti solo nella busta C. – Offerta economica.

La censura era volta pertanto a dimostrare l'illegittimità dell'operato della Commissione di Gara, posto che l'ATI aggiudicataria aveva appunto inserito un costo unitario per i due tipi di corpi illuminanti che andava a proporre nella propria variante migliorativa: si trattava, in particolare, di lampade a SAP e lampade a LED, le quali sul mercato hanno un prezzo – ed anche un costo di gestione – completamente diverso.

Poiché l'ATI aggiudicataria, nella propria proposta migliorativa, avanzava il progetto di installare, lungo la rotonda, delle lampade a LED, che hanno un costo superiore di quelle a SAP già previste in capitolato, la stessa aveva simulato anche i costi di gestione delle lampade proposte nel lungo periodo, al fine di dimostrare che l'iniziale superiore esborso economico andava ammortizzato nel tempo con una manutenzione meno costosa e meno frequente.

Si costituiva in giudizio la Stazione Appaltante, eccependo che proprio il Disciplinare di Gara prevedeva che nell'offerta tecnica relativa agli impianti tecnologici generali (elettrici e di illuminazione), doveva essere dato rilievo alla minimizzazione dei costi di gestione della manutenzione programmata e periodica per garantire e mantenere le caratteristiche funzionali dell'impianto.

Tale precisazione di Disciplinare rispondeva infatti ad un elementare criterio logico - pratico: se una ditta partecipante alla gara intendeva introdurre una proposta migliorativa relativamente all'installazione dei corpi illuminanti – e ne erano previsti ben quattro tipi di proposte migliorative –, doveva dimostrare alla S.A. quali erano i vantaggi di tale proposta.

Si costituiva altresì in giudizio l'ATI aggiudicataria, proponendo proprio ricorso incidentale, ed eccependo che la ricorrente aveva tenuto una condotta analoga a quella della controinteressata fornendo all'interno dell'offerta tecnica indicazio-

ni riconducibili ad elementi di natura economica. Emergeva infatti a detta della controinteressata che, sempre in relazione ai corpi illuminanti di arredo urbano, era stata prodotta dall'ATI ricorrente una sorta di analisi, comparando i costi di consumo energetico e di manutenzione tra il progetto di gara ed il nuovo progetto, ed evidenziando quindi gli aspetti economici di risparmio delle due diverse soluzioni.

Il *TAR Veneto*, con *sentenza n. 63/2011 depositata il 18.01.2011*, accoglieva il ricorso incidentale avanzato dall'ATI aggiudicataria e dichiarava inammissibile il ricorso principale.

Il TAR Veneto, in sostanza, riguardo al principale motivo di ricorso, riteneva che l'ATI aggiudicataria si fosse avvalsa di «prezzi ipotetici» per esplicare la proposta tecnica migliorativa concernente gli «elementi funzionali relativi agli impianti tecnologici», in quanto tale elemento era necessario al fine di consentire alla Commissione di gara di valutare, con riferimento alla variante tecnica proposta, «la minimizzazione dei costi di gestione della manutenzione programmata e periodica per garantire e mantenere le caratteristiche funzionali dell'impianto», nonché l'attuabilità in termini economici e l'effettività del maggior valore di quanto offerto in variante rispetto a quanto previsto in progetto. Per tale motivo riteneva che fosse stato necessario offrire una stima dei costi di installazione e di gestione dell'impianto.

Inoltre, riteneva ancora il TAR, il raggruppamento aggiudicatario, illustrando attraverso un «calcolo di massima» i consumi ed i costi di manutenzione e gestione dell'impianto proposto e raffrontandoli a quelli relativi all'impianto previsto dal progetto posto a base di gara, aveva correttamente evidenziato alla stazione appaltante la fattibilità economica della propria offerta migliorativa e la sua convenienza con riguardo alla minimizzazione dei costi di gestione e di manutenzione, così come espressamente richiesto dal disciplinare.

L'ATI aggiudicataria avanzava quindi appello al Consiglio di Stato, riproponendo gli stessi motivi già sollevati in primo grado.

L'Amministrazione aggiudicatrice resisteva nuovamente, evidenziando come la correttezza dell'operato della Commissione di Gara fosse stata confermata dagli assunti resi dal TAR Veneto.

Il *Consiglio di Stato*, con *sentenza n. 5928 del 22.11.2012*, respingeva definitivamente l'appello e condannava altresì alle spese l'ATI appellante.

Il C.d.S. in sostanza, riconoscendo l'assenza, nel nostro ordinamento, di una norma che esplicitamente vieti la presenza di elementi economici nell'offerta tecnica, interpretava la norma del Disciplinare di Gara, che precludeva l'inserimento di elementi «*in qualche modo riconducibili ad aspetti di offerta economica*» all'interno dell'offerta tecnica, secondo un criterio non solo letterale, ma anche logico e sistematico.

Il C.d.S. pertanto dava rilievo al fatto che, nel caso specifico, l'inserimento nell'offerta tecnica, da parte dell'ATI aggiudicataria, di costi di gestione per agevolare la comprensione della scelta del diverso tipo di corpo illuminante proposto nella variante migliorativa, non costituiva elemento riconducibile all'offerta economica.

Al di là infatti della questione della fonte dei costi indicati nell'offerta tecnica – si era infatti dibattuto se costituivano prezzi di listino, costi di mercato o costi ipotetici – il C.d.S. evidenziava come tali costi erano assolutamente diversi rispetto ai prezzi veri contenuti nell'offerta economica, e per tale motivo erano stati correttamente ritenuti dalla Commissione di Gara dei prezzi ipotetici.

Il Giudice di seconde cure sottolineava poi come, in ogni caso, il costo del corpo illuminante proposto costituiva solo una voce marginale, costituente tra l'altro una proposta migliorativa che quindi poteva essere accettata o meno, e pertanto poteva influire sull'esito finale dell'attribuzione dei punteggi, e quindi della gara, in misura davvero minima.

Infine il Collegio dettava dei principi e criteri discriminanti per la valutazione relativa al divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, che analizzeremo meglio *infra*.

## 2. La disciplina in materia e l'orientamento giurisprudenziale previgente

La disciplina del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, com'è noto, è contenuta negli *artt. 83 e 84 del Codice dei contratti pubblici – D.Lgs. 163/2006*.

Secondo tale criterio, com'è noto, l'aggiudicazione dell'appalto pubblico viene fondata non tanto su una valutazione meramente economica, quanto su una complessa integrazione tra il dato economico e quello tecnico-qualitativo; tale integrazione avviene applicando sia criteri di valutazione quantitativi (quali prezzo, tempo di esecuzione), sia qualitativi (quali caratteristiche estetiche e funzionali, pregio tecnico).

Tale criterio si appalesa quindi piuttosto complesso, in quanto implica a monte una capacità per così dire manageriale-organizzativa da parte della Stazione Appaltante, la quale deve preliminarmente definire gli elementi di valutazione che concretizzino le reali esigenze dell'amministrazione di ottenere un'opera pubblica con determinate caratteristiche tecnico-qualitative.

La stazione appaltante, infatti, deve prima estrapolare dal progetto dell'opera quegli elementi che sono determinanti e decidere per ognuno di essi il peso da attribuire, e poi individuare in modo preciso, nel Bando di Gara, tutti i criteri e sub-

criteri di valutazione dell'offerta, così come previsto dal secondo comma del medesimo art. 83.

Tale disposizione recepisce in pieno le prescrizioni sui criteri di valutazione espressi dalle Direttive Europee nn. 2004/17 e 2004/18, che, nel rispetto della massima trasparenza, hanno sottolineato l'obbligo per le S.A. di rendere noti i criteri e le modalità per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tra questi possiamo ricordare, ad esempio: la qualità ed il pregio tecnico dell'opera, le caratteristiche funzionali, estetiche ed ambientali dell'opera stessa, il costo di manutenzione della medesima, e così via.

La Direttiva 2004/18/CE, in particolare, ha sottolineato la precisa finalità cui deve tendere la stazione appaltante nella scelta del criterio di aggiudicazione, finalità esplicitamente descritta nel considerando 2, ove è statuito che: «*l'aggiudicazione dell'appalto deve essere effettuata, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza*».

Si comprende quindi agevolmente come una chiarezza espositiva e metodologica, del Bando di Gara ed anche del Disciplinare, sia essenziale alla S.A. ai fini di un regolare svolgimento della gara e dell'ottimizzazione del risultato, così come prospettato preventivamente dalla stessa Amministrazione.

Il nuovo Regolamento Attuativo del Codice (D.P.R. 207/2010), all'art. 120 ribadisce poi la regola, che era già contenuta nel vecchio D.P.R. 554/1999, secondo cui i pesi o punteggi da assegnare agli elementi di valutazione in totale devono essere pari a 100 e devono essere preventivamente indicati nel Bando di Gara. È quindi la S.A. che decide in che modo distribuire il punteggio complessivo – pari a 100 – tra i vari elementi, e quindi spetta alla stessa decidere altresì l'importanza, cioè il peso, dei vari criteri. Inoltre, per il Regolamento, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è l'unico applicabile per l'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria.

Considerate tali problematicità operative nell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici è intervenuta con apposito Parere n. 107 del 27 maggio 2010, per evidenziare alcune questioni applicative, legate soprattutto alla necessità di coniugare l'imparzialità e l'oggettività del giudizio sulle offerte, da parte della commissione giudicatrice, con il rispetto della discrezionalità delle scelte dell'amministrazione.

Venendo quindi allo specifico rilievo dell'offerta economica, in relazione alla sentenza qui in esame, si segnala che, in via generale, il valore ponderale da attribuire all'elemento prezzo non può essere preminente rispetto al valore dell'offerta tecnica, anche perché, in caso contrario, verrebbe vanificata la *ratio* stessa dell'istituto, ossia l'individuazione dell'offerta che presenti il migliore rapporto qualità/

prezzo. Anche secondo la giurisprudenza (Cons. Stato sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404), il valore da riconoscere ai criteri qualitativi dell'offerta, data l'evidente complessità ed eterogeneità degli stessi, implica che a tali elementi debba essere riconosciuto un valore preminente rispetto all'elemento prezzo.

Precisato ciò, per giungere all'argomento che qui interessa, è da evidenziare come si devono svolgere le operazioni di gara dal punto di vista pratico.

Sempre in ossequio al principio della massima trasparenza, anche nella gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la fase di apertura delle buste contenenti l'offerta economica deve essere effettuata in un'unica seduta – preventivamente indicata nel Bando di Gara – che deve ovviamente essere pubblica, al fine di garantire la correttezza delle operazioni di gara.

Una eccezione a tale principio, dettata esclusivamente per le gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è contenuto nel secondo comma dell'art. 120 del DPR 207/2010, il quale prevede che la valutazione delle offerte tecniche, e quindi l'apertura della relative buste, possa avvenire in una o più sedute riservate, nelle quali la Commissione di Gara procede all'assegnazione dei relativi punteggi, applicando i criteri indicati nel Bando di Gara. Le risultanze di tale valutazione, poi, devono essere rese pubbliche in apposita seduta, nella quale la Commissione dà lettura dei punteggi già attribuiti alle offerte tecniche e procede con l'apertura delle offerte economiche.

Come si può notare, quindi, esiste una netta separazione tra la fase di valutazione delle offerte tecniche e la fase di apertura delle offerte economiche. Questo al precipuo fine di evitare che, in sede di valutazione delle offerte tecniche, la commissione possa essere influenzata da elementi di natura economica, anche se, come possiamo notare fin da subito, e prima di analizzare compiutamente l'innovativa sentenza del Consiglio di Stato, non esiste alcuna disposizione di legge che ponga un divieto assoluto al fatto che l'offerta tecnica possa contenere elementi di tipo economico.

Il principio che pertanto resta fermo – e che risulta di fondamentale importanza – è che non si può procedere ad una valutazione congiunta del prezzo e degli elementi tecnici dell'offerta. Ciò in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica, e quindi del relativo punteggio attribuito, potrebbe ovviamente influenzare la decisione della Commissione di Gara in merito alla valutazione dell'offerta tecnica.

A tal fine, è irrilevante che il bando non detti una specifica disposizione per stabilire quale delle due offerte debba essere esaminata con priorità sull'altra, atteso che l'esame delle offerte economiche prima di quelle tecniche costituisce una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità che costituiscono la base di tutte le gare ad evidenza pubblica, in quanto la conoscenza

preventiva dell'offerta economica inficerebbe il giudizio sull'offerta tecnica (cfr., tra le tante, C.d.S., V, 25 maggio 2009, n. 3217; 8 settembre 2010, n. 6509; 21 marzo 2011, n. 1734).

Infatti, secondo C.d.S. sez. V^a^, 25 luglio 2006, n. 4657, resta confermato: «*...il principio secondo cui le valutazioni tecniche, per la loro discrezionalità, devono precedere e non seguire l'esame delle offerte economiche per un corretto svolgimento della procedura di gara, al fine di evitare il rischio o anche il semplice sospetto di sviamenti*».

Da ciò consegue l'altro principio secondo cui le offerte economiche devono restare segrete per tutta la durata del procedimento, fino al completamento di tutte le attività di tipo discrezionale, compresa quindi anche la fase finale di attribuzione dei relativi punteggi. In tal senso, ad esempio, già C.d.S. sez. V^a^, 8 settembre 2003, n. 5036, aveva statuito che: «*...Costituisce ordinario quanto inderogabile canone operativo ... quello per cui l'assegnazione dei punteggi tecnici ... deve precedere la conoscenza delle offerte economiche; ché, altrimenti, conosciuti i punteggi relativi alle altre voci, nonché i contenuti delle offerte economiche e individuati, in base a criteri di automaticità, i punteggi correlati a queste ultime, la commissione valutatrice ben potrebbe, in astratto, modulare l'assegnazione del punteggio discrezionale di cui si tratta in modo da orientare l'esito definitivo della gara*».

Chiarito tale inossidabile principio, ne deriva altresì – come corollario – che elementi dell'offerta economica non possono naturalmente essere contenuti nell'offerta tecnica.

Numerosa è la giurisprudenza sul punto, che afferma e ribadisce come in tali casi non si possa neppure procedere all'apertura delle buste contenenti l'offerta economica, nel caso in cui la Commissione accerti la presenza di tali elementi di tipo economico.

La recentissima C.d.S. sez. V^a^, 7 gennaio 2013, n. 10, ha confermato infatti che costituisce palese violazione della *par condicio*: «*...l'inserimento, da parte dell'impresa concorrente, di elementi concernenti l'offerta economica all'interno della busta contenente l'offerta tecnica, e ciò senza necessità di espressa menzione da parte della* lex specialis *di gara*» (conferma l'orientamento già dato con C.d.S. sez. V^a^ 11 maggio 2012, n. 2734, nonché 1 marzo 2012, n. 1196).

Ma quali possono essere tali elementi di tipo economico?

A tal proposito, per chiarire il concetto, si deve guardare alle previsioni del Bando di Gara, laddove lo stesso – od il Disciplinare – prevedano di fornire alla S.A. elementi di tipo tecnico al fine di effettuare valutazioni anche relativamente ad aspetti di tipo economico, come potrebbe essere ad esempio nel raffronto tra due soluzioni tecniche alternative anche sotto il profilo del risparmio, oppure nella previsione dei costi di manutenzione per un elemento tecnico che si propone, e così via.

Ecco quindi che quello che rileva è che non esistano macroscopiche violazioni del principio di trasparenza. La giurisprudenza, infatti, ha posto l'accento su casi abbastanza eclatanti, tipo ad esempio:

– casi in cui nell'offerta tecnica era contenuto il computo estimativo contenente l'offerta economica (cfr. C.d.S. sez. V, 9 giugno 2009, n. 2575; C.d.S. sez. V, 8 settembre 2010, n. 6509);

– casi in cui l'offerta economica non era stata inserita nell'apposita busta sigillata (C.d.S. sez. V, 23 gennaio 2007, n. 196);

– casi in cui la Commissione di Gara aveva aperto per errore la busta con l'offerta economica prima di quella con l'offerta tecnica (Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2002, n. 3848).

A parte tali casi, di evidente violazione dei principi su richiamati di *par condicio* e trasparenza, nei quali la commistione tra offerta tecnica ed economica appare palese, non esisteva chiarezza in merito a quelle ipotesi per così dire «miste», nelle quali non sussistevano vere e proprie anticipazioni di elementi economici, ma semplicemente elementi di tipo quantitativo - economico.

Ciò fino alla sentenza in epigrafe richiamata, la cui portata innovativa chiarisce alcune «zone d'ombra», prima non esaustivamente analizzate dalla giurisprudenza.

## 3. Profili innovativi della sentenza 5928/2012 del Consiglio di Stato

La sentenza del 22 novembre 2012 è innovativa, e perciò interessante, sotto diversi punti di vista.

In primo luogo perché in tale sentenza viene sancita, per la prima volta, la non assolutezza del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica.

Viene infatti ricordato dal Collegio, nella prima parte della sentenza, che è «*...lo stesso codice appalti, nell'indicare gli elementi che compongono l'offerta tecnica, ad indicare voci che presentano elementi di tipo quantitativo - economico, quali il contenimento dei consumi energetici, il costo di utilizzazione e manutenzione, la redditività (art. 83, comma 1, lett.* e*),* f*),* g*), d.lgs. n. 163/2006)*».

Ribadiscono poi i giudici di Palazzo Spada che il Regolamento attuativo del Codice Appalti prevede che le offerte tecniche siano esaminate in seduta segreta prima delle offerte economiche, analizzate in seduta pubblica, e che tale principio è collegato al fine di evitare che in sede di valutazione delle offerte tecniche la commissione possa essere influenzata da elementi di natura economica, principi già noti che abbiamo evidenziato *supra*.

Il Collegio, nel prosieguo della sentenza, evidenzia altresì come non esista però

nessuna disposizione di legge o di regolamento che sancisca un divieto assoluto di inserimento di elementi economici nell'offerta tecnica, se non numerosa giurisprudenza che però ha posto l'attenzione su casi abbastanza palesi di commistione, con la conseguenza che il predetto divieto sussiste quando ne possa derivare una influenza della Commissione di Gara, la quale avrebbe in mano degli elementi per così dire «anticipati» rispetto alla valutazione complessiva.

La sentenza, fatte queste premesse, sancisce che pertanto come nell'offerta tecnica possano anche essere inclusi singoli elementi economici «*... a condizione che questi non facciano parte dell'offerta economica – quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato – o comunque siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano di ricostruirla complessivamente*».

Si comprende quindi quale possa essere la portata innovativa di tale principio, posto che, come abbiamo già evidenziato, non esiste una norma di legge che disciplina tale aspetto, né esiste una norma che vieti in modo assoluto l'indicazione di elementi economici nell'offerta tecnica.

Il Collegio, quindi, non si ferma a tale enunciazione di principio, ma nella stessa sentenza evidenzia ed elenca alcuni punti fermi, che possono assurgere a dei veri e propri principi generali, e che, nell'ordine dato, sono:

«*a) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche*»: tale principio ricalca l'orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, e sopra richiamato, che distingue nettamente le due fasi di valutazione delle offerte nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

«*b) le offerte economiche devono essere contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche) e debitamente sigillate*»: anche tale principio si appalesa in linea con l'orientamento dominante, che già aveva decretato in tali casi l'esclusione dalla gara di quei partecipanti che non ottemperavano al principio di netta distinzione delle buste relative all'offerta tecnica ed a quella economica;

«*c) la commissione non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche*»: tale principio, come avevamo già visto, serve a garantire la trasparenza delle operazioni di gara e soprattutto la *par condicio* dei partecipanti, posto che l'eventuale conoscenza anticipata, da parte della Commissione di Gara, del contenuto dell'offerta economica, potrebbe chiaramente influenzare la valutazione dell'offerta tecnica;

«*d) nell'offerta tecnica non deve essere inclusa né l'intera offerta economica, né elementi consistenti dell'offerta economica o elementi che comunque consentano di ricostruirla*»: tale principio entra nel vivo, per così dire, del problema specifico della commistione tra offerte tecniche ed economiche, e specifica cosa non deve

essere contenuto nel plico dell'offerta tecnica, specificando che è vietata non solo l'inclusione dell'intera offerta economica, come risulta ovvio, ma è altresì vietata l'inclusione di elementi che possano comunque consentire di ricostruire l'offerta economica stessa, come potrebbero essere ad esempio indicazioni di prezzi di mercato di elementi tecnici o riferimenti a prezzi indicati nel computo metrico estimativo, e così via;

«*e) nell'offerta tecnica possono essere inclusi singoli elementi economici che siano resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché siano elementi economici che non fanno parte dell'offerta economica, quali i prezzi a base di gara, i prezzi di listini ufficiali, i costi o prezzi di mercato, ovvero siano elementi isolati e del tutto marginali dell'offerta economica che non consentano in alcun modo di ricostruire la complessiva offerta economica*»: l'ultimo principio completa la casistica atta a discernere quali siano le ipotesi di legittimo inserimento di elementi economici da quelle vietate, e precisa in modo chiarissimo quali sono gli elementi che possono invece essere inseriti nell'offerta tecnica. Viene infatti esplicitato che debbono essere elementi del tutto slegati dall'offerta economica, che quindi non consentano in alcun modo la ricostruzione della stessa.

I Giudici di Palazzo Spada, pertanto, nell'esplicitare questa casistica, hanno fornito un'interpretazione non solo letterale, ma anche logica e sistematica, dei casi che possono costituire violazione del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica.

Proprio alla luce dei principi dettati, il Consiglio di Stato ha perciò ritenuto che, nel caso specifico che veniva trattato, la prescrizione del disciplinare di gara della S.A. – che vietava a pena di esclusione l'inserimento nell'offerta tecnica di elementi «*in qualche modo riconducibili ad aspetti di offerta economica*» – non vietava *tout court* l'inserimento in sé di elementi economici, bensì l'inserimento di elementi riconducibili alla specifica offerta economica.

Il Collegio riteneva pertanto pacifico che, al di là della questione di quale fosse stata la fonte dei costi indicati nell'offerta migliorativa dell'A.T.I. aggiudicataria, tali costi erano solo dei prezzi ipotetici che non violavano pertanto la segretezza dell'offerta economica.

Ecco quindi come il Consiglio di Stato, in definitiva, ha operato non solo una vera e propria interpretazione del principio del divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica, lì dove esisteva proprio una lacuna legislativa, ma ha anche dettato dei veri e propri criteri di definizione, i quali, come abbiamo visto, prescindono dal dato letterale, e vengono coadiuvati da criteri di tipo logico-sistematico, di sicuro ausilio per successive interpretazioni.

Roberta Brusegan