

1/2023

INDICE DEGLI ARGOMENTI

- A. L'ASSEGNAZIONE DELLE CONCESSIONI BALNEARI AD USO TURISTICO-RICREATIVO TRA PROROGHE E PANDEMIA. PIOMBINO E CAPRI: DUE ESPERIENZE A CONFRONTO.
- B. DANNO DA LESIONE PARENTALE: UN TEMA (TROPPO) DIBATTUTO.
- C. DIFFAMAZIONE SU FACEBOOK: LA PROVA LOGICA SULLA PROVENIENZA DI UN POST È CONDIZIONE SUFFICIENTE AI FINI DI CONDANNA



DE IUSTITIA
Rivista Scientifica

Edizione I - Anno 2023
Nr. progressivo: 01

EDITORE:

Ludovica Marano
Via Chiatamone nr. 23
Napoli

REDAZIONE:

Via Chiatamone 23,
80121 - Napoli (Na)

Testata giornalistica registrata presso il **Tribunale di Napoli** con decreto nr. 2683 del 11.2.2015

Pubblicazione periodica

DIRETTORE RESPONSABILE:

Amerigo D'Amelia

DIRETTORE SCIENTIFICO:

Ludovica Marano

COMITATO SCIENTIFICO: Pres. Luigi Maruotti, Cons. Serafino Ruscica, Dott. Fratini Marco, Prof. Mauro Paladini, Prof. Roberto Calvo, Dott. Antonio Lepre, Dott.ssa Fabiana Iorio, Avv. Carlo Giordano, Prof. Di Martino Gaetano, Prof. Luca Mario Masera, Prof. Giuseppe Finocchiaro, Prof. Antonio Saccoccio, Prof. Gianluca Gentile, Prof.ssa Roberta Metafora, Avv. Enrico Chiusolo, Dott. Simone Petralia, Prof. Amedeo Arena, Prof. Gaetano Di Martino, Prof. Giuseppe Amarelli, Dott. Luigi Lalla, Dott. Francesco Rubano, Avv. Francesco Boccia, Avv. Pasquale Guida, Dott. Alessandro Auletta, Prof.ssa Avv. Gabriella De Maio, Avv. Gaspare Juan Sicignano, Prof. Adrian Bedford, Prof. Avv. Silvestro Specchia, Dott. Marco Pugliese, Dott. Luca Della Ragione .

COMITATO DI DIREZIONE: Avv. Fabio Santalucia, Avv. Roberta Rossi, Avv. Lucrezia Francesca Pulcini, Avv. Orso Maria Siporso, Dott. Angelo D'Onofrio, Dott.ssa Carlotta Marano, Dott.ssa Vincenza Scherillo, Dott. Luigi Mandolini, Dott. Luca Santalucia.

La riproduzione dei contenuti, totale o parziale è espressamente vietata. L'editore è a disposizione degli aventi diritto con i quali non sia stato possibile comunicare, nonché per eventuali omissioni o inesattezze nella citazione delle fonti. Nessuna parte di questo volume può essere riprodotta, memorizzata o trasmessa in alcuna forma e con alcun mezzo elettronico, meccanico o in fotocopia in disco o in altro modo, compresi cinema, radio, televisione, senza autorizzazione scritta dall'editore.

INDICE

<i>L'ASSEGNAZIONE DELLE CONCESSIONI BALNEARI AD USO TURISTICO-RICREATIVO TRA PROROGHE E PANDEMIA. PIOMBINO E CAPRI: DUE ESPERIENZE A CONFRONTO</i>	4
ABSTRACT	4
1. IL CONTESTO GIURIDICO E GIURISPRUDENZIALE EUROPEO E NAZIONALE: UNO SGUARDO D'INSIEME.....	4
2. L'ASSEGNAZIONE DELLE CONCESSIONI BALNEARI AD USO TURISTICO-RICREATIVO: IL CASO CAPRI-AGCM.....	8
3. CAPRI-AGCM VS. PIOMBINO-TAR TOSCANA: DUE ESPERIENZE A CONFRONTO	11
<i>DANNO DA LESIONE PARENTALE: UN TEMA (TROPPO) DIBATTUTO.....</i>	15
1. PREMESSA	15
2. ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA.....	19
3. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.....	22
<i>DIFFAMAZIONE SU FACEBOOK: LA PROVA LOGICA SULLA PROVENIENZA DI UN POST È CONDIZIONE SUFFICIENTE AI FINI DI CONDANNA</i>	24
ABSTRACT	24
1. LA DIFFAMAZIONE AGGRAVATA A MEZZO FACEBOOK E L'INDIVIDUAZIONE DELL'INDIRIZZO IP E DEI FILE LOG.....	24
2. LA CASISTICA GIURISPRUDENZIALE PRECEDENTE.....	25
3. LA DIFFAMAZIONE SU BASE INDIZIARIA. RIFLESSIONI CONCLUSIVE	25



L'ASSEGNAZIONE DELLE CONCESSIONI BALNEARI AD USO TURISTICO-RICREATIVO TRA PROROGHE E PANDEMIA. PIOMBINO E CAPRI: DUE ESPERIENZE A CONFRONTO

di Paola MAZZINA*

ABSTRACT

This work investigates the issue of the assignment of bathing permissions for tourist-recreational use, involving aspects of difficult compatibility with European law and being characterized, in relation to the internal system, by an extreme stratification of regulatory and case law interventions, in both ways, diachronic and in terms of content, a circumstance that makes the reconstruction of a unitary framework quite complex. In this context, in order to identify innovative regulatory solutions, the work deepens and compares the different experiences gained on the subject by the Municipalities of Piombino and Capri.

SOMMARIO

1. Il contesto giuridico e giurisprudenziale europeo e nazionale: uno sguardo d'insieme
2. L'assegnazione delle concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo: il caso Capri-AGCM.
3. Capri-AGCM vs. Piombino - Tar toscana: due esperienze a confronto.

1. IL CONTESTO GIURIDICO E GIURISPRUDENZIALE EUROPEO E NAZIONALE: UNO SGUARDO D'INSIEME

La disciplina delle concessioni balneari ad uso turistico-ricreativo e le procedure relative al loro affidamento attengono all'efficiente utilizzazione e gestione del demanio marittimo e vengono attuate attraverso il prevalente strumento del provvedimento concessorio.

Nel nostro ordinamento la trattazione di tale settore si presenta particolarmente complesso dal momento che investe aspetti di difficile compatibilità con il diritto europeo e che, nel caso del sistema interno, si caratterizza per una fitta produzione di interventi normativi e giurisprudenziali, in senso sia diacronico, sia

contenutistico, circostanza che rende complessa la ricostruzione di un quadro unitario.¹

In particolare, per quel che riguarda il diritto dell'Unione, rilevano in prima battuta le norme fondamentali del Trattato e di diritto derivato rappresentate rispettivamente dagli artt. 49 e 56 TFUE e dalla ben nota direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (c. d. direttiva *Bolkestein*).

In merito, va ricordato che, rispetto agli artt. 49 e 56 TFUE riguardanti la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, la direttiva *de qua* ha avuto un impatto rilevante sulla materia oggetto del presente contributo, laddove, in particolare, l'art. 12 ha stabilito che: «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento» (par. 1) aggiungendo che, in tali casi, «l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico

* Professore associato di Diritto Costituzionale presso Università degli Studi di Napoli "Parthenope".

¹ Per quanto riguarda la letteratura, si rimanda ai recentissimi contributi presenti nel numero monografico di A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (A cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime, Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, in *Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, 7, Napoli, 2021 che indagano i diversi profili problematici che si sono posti negli anni all'attenzione degli studiosi. Ancora di recente si consiglia, B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, 20/2021 e G. CARULLO, A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime nel mercato europeo dei servizi: la rilevanza del contesto locale e le procedure di aggiudicazione*, in *federalismi.it*, 26/2020.



né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami» (par. 2).

In altri termini, nell'ambito dell'ampia categoria delle autorizzazioni, la direttiva 2006/123/CE ha previsto che quelle riconosciute ai privati, per lo svolgimento di attività limitate dalla scarsità delle risorse naturali, debbano essere concesse previa una procedura di selezione tra gli aspiranti governata dai principi di trasparenza e pubblicità, escludendo al contempo la possibilità di proroghe automatiche al prestatore uscente.

Dopo la direttiva c.d. Bolkestein, a fronte della procedura di infrazione (n. 2008/4908) avviata dalla Commissione Europea nei confronti dell'Italia, il legislatore italiano - nelle more della preannunciata riforma del settore delle concessioni - ha adottato due provvedimenti tesi, in maniera contraddittoria, da un lato, ad abrogare con l'art. 1, c. 18, del d. l. 194/2009, l'art. 37 del codice della navigazione che - nella formulazione all'epoca vigente - prevedeva il c. d. diritto di insistenza del concessionario "uscente"; e, dall'altro, a riconoscere una proroga delle concessioni in essere fino al 31 dicembre 2015 - oggetto anch'essa di una lettera di messa in mora complementare (2010/2734) - ulteriormente prorogata sino al 31 dicembre 2020 dall'art. 34 *duodecies* del d. l. 179/2012².

Tale normativa è stata, successivamente, sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia a seguito di due rinvii pregiudiziali promossi rispettivamente dal Tar Lombardia e dal Tar Sardegna al fine di accertare la portata dell'art. 12 della direttiva Bolkestein e la compatibilità, o

meno, delle proroghe delle concessioni demaniali sino al 2020 rispetto ai principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza³.

Con la altrettanto nota sentenza del 14/07/2016, cause riunite C- 458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. contro Consorzio della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*, la Corte di Giustizia non solo ha affermato che le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo rientrano nel campo di applicazione della direttiva 2006/123/CE de qua, restando rimessa al giudice nazionale la sola valutazione circa la natura "scarsa" o meno della risorsa naturale attribuita in concessione; ma ha anche precisato che: «[...] l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE [...], deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale [...] prevedere la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati»⁴.

La pronuncia in argomento, tuttavia, non ha interrotto la successione di proroghe *ex lege* che riguarda la durata delle concessioni balneari in scadenza: al riguardo, infatti, non solo non è intervenuta alcuna riforma in grado di garantire la compatibilità della normativa interna con l'ordinamento comunitario, ma - alla vigilia della

² Per le procedure di infrazione attivate nei confronti dell'Italia per violazione del diritto dell'Unione nel corso degli anni si vedano: 2008/4908 C (2009) 0328, 29 gennaio 2009, *Costituzione in mora*; 2008/4908 C (2010) 2734 del 5 maggio 2010 (n. prot. 4967), *Lettera di messa in mora complementare ex art 258 TFUE*; 2018/2273 C (2019) 452 final del 24 gennaio 2019, *Mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive appalti e concessioni del 2014*, *Costituzione in mora - Infrazione* n. 2018/2273; 2020/4118 C (2020) 7826 final del 3 dicembre 2020, *Lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi*.

³ Sui rapporti tra concessioni marittime e concorrenza, A. LUCARELLI, L. LONGHI, *Le concessioni demaniali marittime e la democraticizzazione della regola della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, 3/2018, p. 1251 e ss.; A. MMONICA, *Le concessioni demaniali in fuga dalla concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto comunitario*, 2/2013, p. 437 ss.

⁴ Acquisito a seguito della sentenza *Promoimpresa e Melis* il dato che le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo rientrano generalmente nell'ambito di applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, la discussione si è incentrata particolarmente sulla natura giuridica di tale norma. In particolare la giurisprudenza, soprattutto la giurisprudenza amministrativa, ha costantemente argomentato la natura di norma *self-executing* dell'art. 12 della direttiva servizi e dunque la sua efficacia diretta anche in assenza di una norma interna di recepimento - al netto del citato d.lgs. n. 59/2010 che, pur avendo formalmente inteso dare attuazione alla direttiva Bolkestein già in quella sede, ha subito una costante neutralizzazione attraverso le ripetute normative di proroga succedutesi nell'ultimo decennio.



scadenza del 31 dicembre 2020 - con l'art. 1, cc. 682, 683 e 684 della l. 148/2018 (Legge di bilancio 2019), sono state prorogate le concessioni demaniali marittime non ancora scadute, con rideterminazione del termine al 31 dicembre 2033⁵.

⁵ Il sistema delle proroghe legali relativo alla durata delle concessioni per finalità turistico-ricreative in essere: Art. 1, c. 2, d. l. 400/1993 conv. in l. 494/1993, recante *Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*, sul rinnovo automatico delle concessioni demaniali sessennali a semplice richiesta del concessionario, fatto salvo il diritto di revoca della concessione ex art. 42 cod. nav.35; Art. 10, l. 88/2001, *Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime*, che fissa la durata delle concessioni demaniali marittime a sei anni e ne prevede il rinnovo automatico per altri sei anni "e così successivamente ad ogni scadenza", salvo il caso di revoca della concessione (art. 42, II c., cod. nav.); Art. 1, c. 18, d. l. 194/2009, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*, conv. in l. 25/2010, che abroga il cd. diritto di insistenza di cui all'art. 37, c. 2 cod. nav. e proroga al 31 dicembre 2015 i rapporti concessori demaniali a uso turistico-ricreativo in scadenza alla medesima data; Art. 13 bis, d. l. 216/2011, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative*, che proroga al 31 dicembre 2012 le concessioni in scadenza entro la medesima data e relative al demanio marittimo, lacuale e portuale, anche ad uso diverso da quello turistico-ricreativo, fermo restando quanto disposto dall'art. 1, c. 18, d. l. 194/2009; Art. 11, c. 1, lett. a), l.15 dicembre 2011, n. 217, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010* che abroga il regime di rinnovo automatico delle concessioni ex art. 1 del d. l. 400/1993 e al contempo delega il Governo all'adozione di un decreto legislativo per la revisione e il riordino della legislazione in materia di concessioni demaniali marittime; Art. 34 duodecies, d. l. 179/2012, *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*, conv. con mod. in l. 221/2012, che proroga al 31 dicembre 2020 il termine di durata dei rapporti concessori aventi finalità turistico-ricreativa e di quelli destinati alla nautica da diporto in essere alla data del 30 dicembre 2009 e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 (termine previsto dal d. l. 194/2009 (art. 1, c. 18)); Art. 1, c. 547, l. 228/2012, *Legge di stabilità 2013*, che modifica l'art. 1, c. 18, d. l. 194/2009, estendendo la portata della proroga anche alle concessioni lacuali, fluviali nonché a quelle destinate a porti turistici, approdi e punti di ormeggio dedicati alla nautica da diporto; Art. 1 c. 291, l. 147/2013, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*, che estende la proroga delle concessioni demaniali marittime esistenti - disposta dall'art. 1, c. 18, del d. l. 194/2009 - alle concessioni ad uso pesca, acquacoltura ed attività produttive ad essa connesse (cd. legge di Stabilità 2014); Art. 24 c. 3 septies, d. l. 113/2016, *Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio*, conv. con mod. in l. 160/2016, recante la sanatoria dei rapporti concessori in essere in forza dell'art.1, c. 18, del d. l. 194/2009, *nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea*; Art. 1, c. 682 e 683, l. 145/2018, *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021 (legge di Bilancio*

Inoltre, prima con l'art. 100 del d. l. 104/2020 è stata estesa la proroga di cui all'art. 1, cc. 682 e 683, della l. 145/2018, anche alle concessioni lacuali e fluviali e poi, con il successivo d. l. 34/2020, è stata confermata la proroga al 2033 delle vigenti concessioni stabilendo l'impossibilità per le amministrazioni comunali di intraprendere o proseguire durante la pandemia le procedure di scelta dei nuovi concessionari.

I diversi interventi normativi citati se, da una parte, hanno indotto la Commissione europea ad avviare il 3 dicembre 2020 l'ennesima procedura di infrazione nei confronti dell'Italia⁶; dall'altra parte, sul piano nazionale, hanno alimentato una ricca giurisprudenza che, in punto di rinnovo delle concessioni demaniali marittime per uso turistico-ricreativo, oltre ai vari progetti di legge, circolari e pareri dell'Antitrust, ha visto l'intervento in argomento sia della Corte costituzionale sia del Giudice amministrativo e delle sezioni penali della Corte di Cassazione⁷.

2019), sulla proroga di quindici anni, sino al dicembre 2033, della durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative vigenti alla data di entrata in vigore della legge; Art. 182, c. 2, d. l. 34/2020, *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (c.d. decreto rilancio)*, conv. in l. 77/2020, sul divieto, in ragione del contenimento delle conseguenze economiche prodotte dall'emergenza epidemiologica, per le pubbliche amministrazioni di avvio o prosecuzione dei procedimenti amministrativi finalizzati al rilascio o all'assegnazione mediante gara a evidenza pubblica delle aree demaniali già oggetto di concessione, fermo restando l'art. 1, commi 682 e 683, l. 145/2018.

⁶ Per un maggiore approfondimento delle procedure di infrazione attivate nei confronti dell'Italia per violazione del diritto dell'Unione si considerino: 2008/4908 C (2009) 0328, 29 gennaio 2009, *Costituzione in mora*; 2008/4908 C (2010) 2734 del 5 maggio 2010 (n. prot. 4967), *Lettera di messa in mora complementare ex art 258 TFUE*; 2018/2273 C (2019) 452 final del 24 gennaio 2019, *Mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive appalti e concessioni del 2014, Costituzione in mora - Infrazione n. 2018/2273*; 2020/4118 C (2020) 7826 final del 3 dicembre 2020, *Lettera di costituzione in mora all'Italia in merito al rilascio di autorizzazioni relative all'uso del demanio marittimo per il turismo balneare e i servizi ricreativi*.

⁷ Per le decisioni della Corte di Cassazione penale bisogna distinguere quelle sulla disapplicazione della norma interna contrastante con il diritto eurounitario: Cass. pen., sez. III, sent. 3581/2021; Cass. pen., sez. III, sent. 29105/2020; Cass. pen., sez. II, sent. 18200/2020; Cass. pen., sez. III, sent. 25993/2019; Cass. pen., sez. III, sent., 20476/2019; Cass. pen.,



A fronte della giurisprudenza costituzionale - che, all'orientamento di assorbire il parametro della competenza interna (art. 117, c. 2°, lett. e) Cost. "tutela della concorrenza") in quello attinente al rispetto del diritto dell'Unione (art. 117, c. 1° Cost.), ha sostituito, in un secondo momento, la tendenza di impiegare soltanto il primo, dando per assorbito il secondo⁸ - lo studio delle decisioni del Giudice amministrativo ha permesso, invece, di distinguere almeno tre indirizzi⁹.

sez. III, sent. 21281/2018; Cass. pen., sez. III, sent. 21045/2015; Cass. pen., sez. III, sent. 7267/2014; Cass. pen., sez. III, sent. 33170/2013; Cass. pen., sez. III, sent. 32966/2013; Cass. pen., sez. III, sent. 21158/2013, da quelle sulle condizioni per l'applicabilità della proroga e l'esclusione del reato ex art. 1161 cod. nav.: Cass. pen., sez. III, sent. 45529/2018; Cass. pen., sez. III, sent., 38121 e 38122/2015; Cass. pen., sez. III, sent. 29763/2014.

⁸ La mancanza di una normativa nazionale organica in grado di recepire la direttiva 2006/123/CE, dare attuazione ai principi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE e razionalizzare la materia, ha contribuito al delinearsi di un quadro normativo estremamente eterogeneo anche tra le Regioni. In tale contesto disarticolato che nell'ultimo decennio si è sviluppata una nutrita giurisprudenza costituzionale in materia di concessioni demaniali marittime a scopo turistico-ricreativo, avente ad oggetto proprio le molteplici norme regionali di proroga, più o meno dichiarata, delle concessioni in essere. Sul punto, un'analisi degli indirizzi della Corte costituzionale permette di distinguere pronunce in cui l'art. 117(1) Cost., riguardante i vincoli euro-unitari hanno assorbito i parametri di competenza interna (cfr. sent. 180/2010; sent. 233/2010; sent. 340/2010); pronunce in cui si registra un intreccio fra i parametri 117(1) Cost., sui vincoli euro-unitari, e 117(2) lett. e) Cost. sulla potestà esclusiva statale in materia di concorrenza (a riferimento costituzionale dell'art. 1, c.18, del d.l. 194/2009, adoperato in guisa di fonte interposta) (cfr. sent. 213/2011; sent. 171/2013); pronunce in cui il parametro rappresentato dall'art 117(2) lett. e) Cost. (competenza interna) marginalizza il parametro euro-unitario (così sent. 40/2017; sent. 157/2017; sent. 109/2018; sent. 118/2018; sent. 221/2018; sent. 1/2019; sent. 222/2020; sent. 10/2021; sent. 139/2021. Sulla delimitazione degli ambiti competenziali si suggerisce, N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l'attuazione della direttiva Bolkestein*, in A. LUCARELLI, B. DE MARIA, M. C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime. Principi Costituzionali, beni pubblici e concorrenza tra ordinamento europeo e ordinamento interno*, cit., p. 53 ss..

⁹ In merito alle decisioni del Consiglio di Stato adottate sulla proroga ex art. 1, c. 682, l. 145/2018, bisogna distinguere le pronunce sulla disapplicazione della norma nazionale per contrasto con il diritto eurounitario (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1219/2018; Cons. Stato, sez. VI, 7874/2019); da quelle relative alla necessaria applicazione della norma nazionale che non affrontano il tema della possibile compatibilità con il diritto nazionale, limitandosi a dare atto della sopravvenienza della norma (Cons. Stato, sez. V, 7251, 7252, 7253, 7254, 7255, 7256, 7257, 7258/2019; da altre che si occupano dei

Il primo, di impronta europeista, ritiene che vadano disapplicate le norme nazionali (da ultimo l'art. 1, cc. 682, 683, l. 145/2018) che hanno

presupposti in concreto per l'applicazione della norma nazionale (Cons. Stato, sez. V, 4204/2021); da altre riguardanti l'applicazione della norma nazionale in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla compatibilità con il diritto eurounitario (Cons. Stato, sez. V, ord. 2997/2021). Si considerino, inoltre, anche le sentenze: sui criteri di scelta in caso di più domande di concessione e sulla necessità di procedure a evidenza pubblica (Cons. Stato, sez. V, 7837/2019; Cons. Stato, sez. V, 7837/2020; Cons. Stato, sez. VI, 4610/2020; Cons. Stato, sez. IV, 1416/2021; Cons. Stato, sez. VI, 2002/2021); sulla potestà dell'Amministrazione di pianificare l'uso delle coste (Cons. Stato, sez. V, 4439/2017; Cons. Stato, sez. IV, 1147/2020); sulla rimessione della questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 160/2021. Per quel che riguarda, invece, le decisioni dei Tribunali amministrativi regionali sulla disapplicazione della norma nazionale per contrasto con il diritto eurounitario: T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 616/2021; sulla non applicabilità della norma nazionale: T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 4474/2019; sulla necessaria applicazione della norma nazionale e sulla compatibilità della stessa con il diritto unionale in quanto di carattere provvisorio: T.A.R. Molise, sez. I, 162/2015; sulla proroga ex art. 1, c. 682, l. 145/2018 ed, in particolare, sulla disapplicazione per contrasto con il diritto eurounitario: T.A.R. Campania, Salerno, 221/2020; T.A.R. Veneto, sez. I, 218/2020; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 265/2021; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 4090/2021; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 504 e 505/2021; T.A.R. Toscana, sez. II, 3639/2021; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 973/2021; sull'annullabilità, e non nullità, dei provvedimenti che dispongono proroghe contrastanti con il diritto eurounitario: T.A.R. Veneto, sez. I, 407/2021; sulla necessaria applicazione della norma nazionale e sulla natura non self-executing della direttiva 2006/123/CE: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 1321 e 1322/2020; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 165/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 263/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 268/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 347/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 773/2021; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 881/2021; sulla necessaria applicazione della norma nazionale (pronunce che non affrontano il tema della possibile compatibilità con il diritto nazionale, limitandosi a dare atto della sopravvenienza della norma): T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 7073/2021; sulla necessaria valutazione ad opera dell'Amministrazione della compatibilità in concreto tra la proroga nazionale e il diritto eurounitario: T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 2488/2021; sull'applicazione in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria sulla compatibilità con il diritto eurounitario: T.A.R. Abruzzo, Pescara, ord. 129/2021; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, ord. 3443/2021; sul difetto di legittimazione attiva di singoli cittadini a impugnare la proroga invocando il diritto di accedere alla libera spiaggia e, di fatto, tentando di stimolare un controllo generalizzato sulla legittimità dell'azione amministrativa: Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 1750/2021. Per le pronunce riguardanti la necessità che le nuove concessioni siano affidate con procedure a evidenza pubblica: T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 1329/2017; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 1697/2019; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 36/2020; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 3082/2021, n. 3082.



prorogato la durata delle concessioni, in ragione del contrasto con l'art. 12 della direttiva c. d. *Bolkestein*, ritenuta di portata *self executing*. Tale posizione, che trova conforto, tra le altre, anche nella recente sent. 2002/2021 del Consiglio di Stato, ravvisa per lo Stato l'obbligo di indire procedure ad evidenza pubblica per la selezione dei potenziali concessionari, in linea con quanto lo stesso art. 12 della direttiva prescrive in caso di scarsità della risorsa naturale.

Il secondo orientamento, dall'approccio nazionalista (cfr. per primo Tar Puglia-Lecce sent. 1321/2020) e nega l'auto-esecutività della direttiva servizi e, segnatamente, la possibilità di disapplicare le norme interne, anche quando esse prevedano proroghe automatiche. A tale orientamento si affiancano anche alcune pronunce di altre autorità giurisdizionali che, prescindendo dal merito della questione della compatibilità con il diritto sovranazionale, hanno ugualmente dato applicazione alla normativa interna (Cons. Stato, sez. V, 24/10/2019, n. 7251; Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 14/06/2021, n. 7073).

In ultimo, il gruppo di decisioni a cui vanno ricondotte le più recenti pronunce cautelari che, di fatto, sospendono il giudizio nell'attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, convocata all'udienza del 13 ottobre 2021 per decidere se le proroghe delle concessioni debbano essere annullate d'ufficio e se l'obbligo di annullamento sussista anche per i provvedimenti di proroga su cui sia intervenuto *medio tempore* un giudicato favorevole ed, infine, sui rapporti tra la normativa emergenziale "Covid19" e l'art. 1, cc. 682 e seguenti, della l. 145/2018.

2. L'ASSEGNAZIONE DELLE CONCESSIONI BALNEARI AD USO TURISTICO-RICREATIVO: IL CASO CAPRI-AGCM

Da quanto finora riportato, in base alla normativa introdotta nel 2018, i Comuni avrebbero dovuto prorogare *ex lege* le concessioni sino al 2033.

Sul punto, alcuni Comuni hanno applicato fedelmente la normativa nazionale, disponendo proroghe automatiche sino al 2033; altre

Amministrazioni hanno disapplicato la normativa nazionale sulla scorta dei principi comunitari; altri Comuni hanno dapprima disposto le proroghe, per poi rivedere la propria posizione e annullare in autotutela le precedenti determinazioni¹⁰.

In questo ultimo filone va ricondotta l'attività avviata dal Comune di Capri in prossimità della stagione estiva 2021 che, al fine di individuare soluzioni normative innovative e nell'attesa della pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e di un ormai non più rinviabile riordino della normativa nazionale che sia in linea con la normativa dell'Unione europea e dei suoi principi, permette di riflettere su un caso di dialogo tra ente locale ed Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In merito, la Giunta comunale della Città di Capri con delibera 162/2020 recante "Proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime agli atti del settore IV LL.PP. fino al 31/12/2033, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 comma 682 e 683 della legge 145 del 2018 - estensione della proroga *ex lege*, direttive agli uffici per la formalizzazione degli atti" ha disposto l'attivazione del procedimento per l'estensione fino al 31/12/2033 della durata delle concessioni di beni del demanio marittimo con finalità turistico-ricreative in favore dei concessionari esistenti, sulla base di quanto previsto dall'art. 1, cc. 682, 683 e 684 della l. 145/2018, nonché dall'art. 182, c. 2, del d. l. 34/2020, come convertito con l. 77/2020, e dall'art. 100, c. 1, del d. l. 104/2020, come convertito con l. 126/2020, nella parte in cui tali norme si riferiscono, confermandolo, al meccanismo di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime¹¹.

L'adozione di tale provvedimento ha determinato l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autorità) che, con il

¹⁰ Sul "ruolo decisivo delle amministrazioni comunali in materia di concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo" cfr. N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l'attuazione della direttiva Bolkestein*, cit.

¹¹ La delibera 162/2020 è rinvenibile sul sito istituzionale della Città di Capri al seguente link: cittadicapri.it nella sezione Amministrazione trasparente.



parere del 18 gennaio 2021, richiamando - *ex multis* - le pronunce del Consiglio di Stato 5765/2009 e, più di recente, 7874/2019 e la delibera dell'Anac 25/2019, ha ribadito che in materia di affidamenti riguardanti l'uso di beni pubblici (rientranti nel demanio o nel patrimonio indisponibile dello Stato o degli enti locali), l'individuazione del privato affidatario deve avvenire mediante l'espletamento, da parte della Pubblica Amministrazione, di procedure di evidenza pubblica¹².

Considerati gli artt. 49 e 56 del TFUE, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, nonché la sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa srl e a. contro Consorzio della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro e a.*, l'Autorità ha affermato che il Comune avrebbe dovuto disapplicare la normativa posta a fondamento della delibera della Giunta comunale 162/2020 per contrarietà della stessa ai principi ed alla disciplina eurounitaria sopra richiamata.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato che tali previsioni impongono agli Stati membri l'obbligo di conformarsi ai principi eurounitari richiedendosi, ove la normativa interna non rispetti le disposizioni della direttiva citata, la relativa disapplicazione per contrasto, di riflesso, con i principi di libera circolazione e di libertà di stabilimento. In linea con i precedenti interventi di *advocacy*, l'Autorità ricorda che, nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, o sono ammessi ad operare un numero limitato di soggetti, l'affidamento delle concessioni deve, comunque, avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario.

Per questi motivi, con specifico riferimento alle procedure e ai provvedimenti di proroga delle concessioni già in essere, l'Autorità - ritenuta la delibera in contrasto con gli artt. 49 e 56 del TFUE - ribadisce che è nell'interesse del mercato effettuare un attento bilanciamento tra i benefici di breve periodo e i possibili costi che si potrebbero manifestare in un orizzonte temporale più ampio, giacché la concessione di proroghe in favore dei precedenti concessionari, nel rinviare ulteriormente il confronto competitivo per il mercato, impedisce di cogliere i benefici derivanti dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica e l'allocatione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive.

Affermata la non conformità della delibera *de qua* con gli artt. 49 e 56 del TFUE, in quanto suscettibile di limitare ingiustificatamente la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi nel mercato interno, nonché le disposizioni normative eurounitarie in materia di affidamenti pubblici (in particolare, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE), l'Autorità, conseguentemente, ha invitato il Comune di Capri ai sensi dell'art. 21 *bis*, c. 2, della l. 287/1990 a comunicare, entro il termine di 60 giorni dalla ricezione del parere, le iniziative adottate per rimuovere le violazioni della concorrenza contestate. Per scongiurare l'ipotesi di un ricorso ed, al tempo stesso, aprire un dialogo con l'Autorità volto ad individuare una soluzione alternativa, a seguito della notifica del parere da parte di quest'ultima e della nuova procedura di infrazione, nel frattempo, avviata nei confronti dell'Italia da parte della Commissione europea il 3 dicembre 2020, il Comune di Capri ha formulato richiesta di audizione nel corso della quale è stato rilevato: 1) che gli eventi sopraggiunti hanno suggerito - trattandosi di una delibera di indirizzo - di non dare corso ad alcuna procedura di estensione automatica delle concessioni demaniali marittime esistenti; 2) che la particolare situazione che caratterizza il territorio costiero del Comune di Capri e le relative concessioni demaniali marittime consiste nella particolarità che molte di esse insistono su spazi sia demaniali sia privati e ciò non consente con facilità e nel breve termine l'avvio di

¹² N Cfr. segnalazione resa dall'Autorità il 12/12/2018 ai sensi degli artt. 21 e 22, l. 287/1990, AS1550 Concessioni e criticità concorrenziali, in Boll. AGCM 48/2018.



procedure di gara per l'individuazione dei nuovi concessionari. 3) che, nel rispetto del termine previsto per la comunicazione delle iniziative adottate dal Comune per rimuovere le violazioni della concorrenza espresse nel citato parere (60 giorni dalla notifica), il Comune avrebbe valutato il possibile annullamento in autotutela della predetta delibera di Giunta comunale 162/2020 e la possibile successiva adozione di una procedura comparativa per garantire *medio tempore* dinamiche concorrenziali e il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento.

Facendo seguito alle interlocuzioni intercorse con l'Autorità, la Giunta comunale, sussistendo un pubblico interesse all'annullamento della del. 162/2020 ed al fine di rimuovere la situazione di incertezza giuridica correlata all'operatività della proroga delle concessioni balneari, con la delibera 41/2021 ha annullato d'ufficio l'atto e, contestualmente, ha sottoposto all'attenzione dell'AGCM le modalità con cui il Comune avrebbe inteso procedere alla gestione delle concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative, per verificare l'adeguatezza delle regole stabilite per la procedura di selezione in considerazione dei motivi imperativi di interesse generale sussistenti. In particolare, con la delibera 41/2021 si è annullata in autotutela la del. 162/2020 ed, al contempo, si è sottoposto al previo parere dell'Autorità una bozza volta a dare avvio, nel pieno rispetto degli orientamenti formulati in materia, ad una procedura comparativa ai sensi degli artt. 37 del codice della navigazione e 18 del D. P. R. 328/1952 che - alla luce delle osservazioni avanzate dalla stessa Autorità - è stata successivamente approvata con modifiche dalla Giunta comunale (cfr. del. 98/2021)¹³.

¹³ Le delibere 41/2021 e 98/2021 sono entrambe rinvenibili sul sito istituzionale della Città di Capri al seguente link: cittadicapri.it nella sezione Amministrazione trasparente. Ai sensi dell'art. 37 del codice della navigazione: «Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico. 2. Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che

Sul punto, infatti, nel parere adottato ai sensi dell'art. 22 della l. 287/1990 e notificato il 21 aprile 2021, l'Autorità da un lato, ha valutato favorevolmente la proposta predisposta dal Comune di Capri nella parte in cui - ai sensi dell'art. 37, c. 1, del codice della navigazione ed in ossequio ai principi di *par condicio*, imparzialità e trasparenza - si ammette che gli attuali concessionari, ove interessati, presentino motivata istanza di rinnovo della concessione per la durata di 5 anni e che le suddette istanze di rinnovo siano affisse nell'Albo del Comune per consentire, nel termine di 30 giorni, la presentazione di eventuali osservazioni e/o domande concorrenti da parte di altri operatori; ma, dall'altro lato, ha escluso la possibilità di un duplice rinnovo di pari durata, alla scadenza della stessa¹⁴.

importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. 3. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata». In base, invece, all'art. 18 del D.P.R. 328/1952: «Quando si tratti di concessioni di particolare importanza per l'entità o per lo scopo, il capo del compartimento ordina la pubblicazione della domanda mediante affissione nell'albo del comune ove è situato il bene richiesto e la inserzione della domanda per estratto nel Foglio degli annunzi legali della provincia. 2. Il provvedimento del capo del compartimento che ordina la pubblicazione della domanda deve contenere un sunto, indicare i giorni dell'inizio e della fine della pubblicazione ed invitare tutti coloro che possono avervi interesse a presentare entro il termine indicato nel provvedimento stesso le osservazioni che credano opportune e che l'autorità decidente ha l'obbligo di valutare, dandone conto nella motivazione del provvedimento finale. 3. In ogni caso non si può procedere alla stipulazione dell'atto se non dopo la scadenza del termine indicato nel provvedimento per la presentazione delle osservazioni e se, comunque, non siano trascorsi almeno venti giorni dalla data dell'affissione e dell'inserzione della domanda. 4. Nei casi in cui la domanda di concessione sia pubblicata, le domande concorrenti debbono essere presentate nel termine previsto per la proposizione delle opposizioni. 5. Quando siano trascorsi sei mesi dalla scadenza del termine massimo per la presentazione delle domande concorrenti senza che sia stata rilasciata la concessione al richiedente preferito per fatto da addebitarsi allo stesso, possono essere prese in considerazione le domande presentate dopo detto termine».

¹⁴ Osserva l'Autorità che il rinnovo per l'ulteriore periodo di 5 anni, concesso a fronte di motivata richiesta ed a fronte di motivato provvedimento da parte dell'Amministrazione che verifichi, di volta in volta, il regolare rispetto da parte del concessionario degli obblighi concessori e di legge, contrasta con quanto stabilito dall'art. 12, c. 12, della direttiva 2006/123/CE che, in ogni caso, vieta una procedura di rinnovo automatico della concessione. L'Autorità valuta, quindi, favorevolmente la decisione del Comune di indire una



3. CAPRI-AGCM VS. PIOMBINO-TAR TOSCANA: DUE ESPERIENZE A CONFRONTO

procedura competitiva per l'affidamento delle concessioni balneari con finalità turistico-ricreative presenti sul territorio comunale, ai sensi dell'art. 37, comma 1, del codice della navigazione, ed evidenzia che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito come la disposizione richiamata debba essere interpretata alla luce dei principi eurolunitari di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, e massima concorrenza. Alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, fra cui devono essere ricomprese le concessioni demaniali marittime, poiché idonee a fornire una occasione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicarsi i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE (ora 101 TFUE) e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti. Infatti, anche nell'assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all'utilizzazione dei beni demaniali. Per queste ragioni, ad avviso dell'AGCM, il modello procedimentale previsto dall'art. 37 del codice della navigazione e dall'art. 18 del regolamento esecutivo deve essere quindi applicato tenendo conto delle indicazioni della giurisprudenza amministrativa citata al fine di garantire, nello svolgimento della selezione, il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, confronto concorrenziale e proporzionalità, anche alla luce di quanto previsto dall'art. 12, comma 1, della direttiva 2006/123/CE. Pertanto, oltre a quanto già previsto dalla procedura di cui all'art. 37 del cod. della nav. e dall'art. 18 del reg. es., l'Autorità auspica che codesto Comune declini, nell'atto di avvio della procedura, in maniera oggettiva, trasparente, non discriminatoria e proporzionata i criteri di valutazione delle offerte, genericamente individuati dall'art. 37 con la formula «[...] è preferito il richiedente che offre maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico [...]». Infine, l'Autorità non ritiene condivisibile la previsione relativa al possibile duplice rinnovo della concessione contenuta nella bozza di delibera, sebbene a fronte di motivata richiesta e di motivato provvedimento da parte dell'Amministrazione che verifichi, di volta in volta, il regolare rispetto da parte del concessionario degli obblighi concessori e di legge. Al riguardo, rileva innanzitutto che tale previsione contrasta con quanto stabilito dall'art. 12, c. 12, della direttiva 2006/123/CE, ai sensi del quale è in ogni caso vietato prevedere una procedura di rinnovo automatico della concessione. Inoltre, per effetto di tale previsione, si determinerebbe una chiusura del mercato alla concorrenza per un lungo periodo, pari a ulteriori dieci anni rispetto ai cinque previsti, impedendo di cogliere i benefici derivanti dal periodo di affidamento mediante procedure competitive delle concessioni balneari. L'Autorità ritiene, quindi, necessario - nel caso in cui nel frattempo non dovesse intervenire la revisione ed il riordino, nel rispetto della normativa dell'Unione europea e dei suoi principi, della normativa nazionale relativa alle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo - che il Comune proceda, allo scadere del quinquennio, ad indire una nuova procedura competitiva.

La vicenda, brevemente riepilogata, in via del tutto preliminare, permette di porre in evidenza che, sul piano generale, l'Autorità nel fare proprio l'approccio europeista, pone alla base del parere il tema della portata *self executive* della direttiva *de qua*, sottolineando più volte che gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai richiamati principi eurolunitari e a disapplicare la normativa interna laddove non rispetti le disposizioni normative sovranazionali.

In particolare, l'Autorità, in linea con gli indirizzi europei normativi e giurisprudenziali, nel confermare i suoi precedenti, con il parere de quo implicitamente ribadisce - riprendendo, in particolare, un passaggio decisivo presente già nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, C-103/88 - che la disapplicazione vale non solo in sede giurisdizionale, ma è un potere/dovere che ricade in capo anche alla P. A.¹⁵.

¹⁵ La posizione in cui viene a trovarsi l'amministrazione che dà il bene in concessione ed il potere/dovere di disapplicazione della norma interna da parte dell'amministrazione concedente con conseguente obbligo di applicazione della norma comunitaria rappresenta un passaggio decisivo della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo*, C-103/88, in cui la Corte si pronuncia sulla fondamentale questione se il dovere di applicare il diritto europeo provvisto di efficacia diretta, in luogo di quello nazionale, gravi anche in capo a tutti i soggetti che nell'ordinamento interno hanno la competenza di dare esecuzione alle leggi. Ebbene la Corte di Giustizia, intervenendo su un caso riguardante proprio una direttiva avente efficacia diretta, rileva come «sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne consegue che, qualora sussistano i presupposti necessari [...], affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni». Con la sentenza del 9 settembre 2003, *Consorzio industrie fiammiferi*, C-198-01, la Corte di Giustizia ha precisato che tale obbligo di disapplicazione, il quale oltre al giudice grava anche su «tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative, [...] implica, ove necessario,



Più diffusamente, la problematica riguardante le modalità di risoluzione del contrasto tra normativa interna e normativa comunitaria rispetto all'emanazione di provvedimenti amministrativi illegittimi (come, nel caso specifico, le proroghe delle concessioni rilasciate dai singoli Comuni sulla base della l. 145/2018) si lega al correlativo potere/dovere - affrontato, per tutte, anche dalla citata sentenza del Consiglio di Stato 7874/2019 - di disapplicare la normativa interna contrastante con il diritto eurounitario da parte anche del funzionario amministrativo chiamato ad adottare i provvedimenti di proroga delle concessioni sulla base della l. 145/2018.

Sul punto, infatti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che: «[...] è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la disapplicazione (*rectius*, non applicazione) della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora siano chiamati ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario [...]»¹⁶.

Pertanto, sulla stessa posizione del Consiglio di Stato si è attestata la maggior parte dei Tribunali Amministrativi Regionali che ha annullato le concessioni marittime prorogate sino al 2033, per diretto contrasto con la normativa comunitaria stabilendo che anche gli apparati amministrativi sono obbligati alla disapplicazione della normativa

nazionale di proroga delle concessioni demaniali per contrasto con la normativa eurounitaria (e con la sentenza della Corte di Giustizia del 2016)¹⁷.

l'obbligo di adottare tutti i provvedimenti necessari per agevolare la piena efficacia del diritto comunitario». Sul punto si rimanda anche alla sentenza del 24 maggio 2012, Amia, C-97/11. Per maggiori approfondimenti, N. MAZZA, *Le autonomie territoriali e l'attuazione della direttiva Bolkestein*, cit.

¹⁶ Così sentenza del Consiglio di Stato 7874/2019, punto 14 del fatto e diritto.

¹⁷ In argomento si segnalano tra le più recenti: Tar Toscana 363/2021, su un ricorso promosso dall'AGCM; Tar Sicilia,

Da un punto di vista del metodo, invece, la vicenda del Comune di Capri dimostra il valore aggiunto derivante dal confronto con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Di fronte, infatti, alla contestazione mossa dall'Autorità riguardante la legittimità dell'atto amministrativo adottato dalla Giunta comunale isolana, la strada del dialogo che si è deciso di percorrere si ritiene che faccia la differenza rispetto al diverso approccio riservato - tra gli altri - dal Comune di Piombino che, raggiunto da parere di analogo tenore, per difendere il proprio atto amministrativo ha preferito non adeguarsi alle prescrizioni dell'AGCM resistendo, successivamente, dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale¹⁸.

In particolare, il Comune di Piombino, con la determina dirigenziale 408/2020 avente ad oggetto "Concessioni demaniali marittime aventi finalità turistico-ricreative. Legge 30/12/2018, n. 145, art. 1, commi n. 682, n. 683, n. 684. Determinazione in esecuzione delle disposizioni legislative per l'estensione della scadenza al 31/12/2033", ha deliberato l'attivazione del procedimento per la formalizzazione della estensione della durata delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative sino al 31 dicembre 2033

sez. distaccata di Catania, 505/2021; Tar Campania, nn. 1217 e 1218/2021. ad alcune pronunce di primo grado che hanno confermato la validità e la piena operatività delle disposizioni di cui all'art. 1, cc. 682 e 683 della l. 145/2018, si sono susseguite varie sentenze che hanno riconosciuto la necessità che le autorità competenti procedano alla disapplicazione della suddetta disposizione in quanto contrastante con il diritto dell'Unione Europea e, pertanto, rifiutino di prorogare automaticamente le concessioni vigenti (*ex multis* Tar Campania - Salerno sent. 265/2021, Tar Abruzzo sent. 40/2021).

¹⁸ Sui principi specifici relativi alla procedura comparativa per l'affidamento delle concessioni demaniali marittime su territorio comunale: AS 1738 del 21 aprile 2021, *Comune di Capri (NA) - Procedura rinnovo concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino AGCM n. 17/2021. Sull'obbligo gravante sulla p.a. di disapplicare la normativa nazionale a fondamento dell'atto amministrativo per contrarietà al diritto europeo in materia di concessione demaniale avente finalità turistico-ricreative tra gli altri: AS 1701, del 4 agosto 2020, *Comune di Piombino (LI) - Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative*, in Bollettino AGCM n. 41/2020.



muovendo dal presupposto della legittimità dei commi 682, 683 e 684 dell'art. 1 della l. 145/2018. A valle di una segnalazione riguardante la legittimità dell'atto de quo presentata da un cittadino alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, quest'ultima ha reso un parere motivato ai sensi dell'art. 21-bis della l. 287/1990 indirizzato al Comune di Piombino nel quale, in sintesi, si è rilevato che l'Amministrazione avrebbe dovuto disapplicare la normativa in precedenza richiamata in quanto in contrasto con i principi europei in materia di tutela della concorrenza¹⁹ e, segnatamente, anche in questo caso si è invitata la stessa a conformarsi al suddetto parere²⁰.

Il Comune di Piombino nel trasmettere le proprie osservazioni ha sostenuto la legittimità del proprio operato e la carenza di istruttoria da parte dell'Autorità che, preso atto del mancato adeguamento al parere ricevuto e ritenendo non condivisibili le motivazioni addotte, ha presentato il ricorso al Tar Toscana al fine di ottenere l'annullamento della determina dirigenziale 408/2020, deducendo l'invalidità del provvedimento amministrativo derivata dal contrasto tra la normativa statale applicata e quella europea ritenuta direttamente applicabile.

Sul punto, la sez. II del Tar - nonostante le numerose eccezioni preliminari e di merito avanzate dal Comune di Piombino per mancanza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2006/123, costituiti dalla scarsità delle risorse naturali e dell'interesse transfrontaliero certo - con la sent. 363/2021, ha accolto il ricorso promosso dall'Autorità Garante della Concorrenza

e del Mercato ed annullato il provvedimento amministrativo²¹.

Nel giudizio, in particolare, il Tar ha aderito alle ragioni della parte ricorrente e dichiarato l'illegittimità dell'atto impugnato avendo accertati: 1) la sussistenza, nel caso di specie, dell'obbligo di disapplicazione della legislazione nazionale in contrasto con la normativa europea per cui il rilascio delle concessioni deve essere necessariamente subordinato all'espletamento di una procedura di selezione tra potenziali candidati, che deve presentare garanzie di imparzialità, trasparenza e pubblicità; 2) la scarsità della risorsa; 3) l'interesse transfrontaliero certo; 4) la ricorrenza di motivi imperativi di interesse generale; nonché 5) la violazione dei diritti fondamentali incompressibili previsti dalla Costituzione.

Diversa, invece, la vicenda del Comune di Capri, laddove - dopo aver considerato che nella delibera 162/2020 è stato previsto espressamente che le proroghe dei contratti di concessione dovessero contenere una clausola di eventuale risoluzione automatica dei contratti e di esonero di responsabilità per l'ente nel caso il delinarsi di un orientamento giurisprudenziale difforme che potesse determinare l'invalidità della delibera stessa - non si è addivenuto al successivo perfezionamento dei rinnovi dei vigenti contratti di concessione, in ragione dell'incerto panorama giurisprudenziale che si è andato profilando e del parere S4057 dell'AGCM.

Tali circostanze - come si è esposto *supra* - hanno suggerito di adeguare, d'intesa con l'Autorità, l'operato del Comune di Capri alla normativa euounitaria in materia al fine di scongiurare il rischio che le concessioni,

¹⁹ L'Autorità ha richiamato gli artt. 49 e 56 TFUE nonché le previsioni di cui all'art. 12 della c.d. "Direttiva servizi" (2006/123/CE), anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è formata sul punto (e in particolare, della pronuncia pregiudiziale del 2016, resa nelle cause riunite C-458/14 e C-67/15 - sent. Promoinpresa).

²⁰ entro il termine di sessanta giorni dalla sua ricezione precisando che "laddove entro il suddetto termine tali iniziative non dovessero risultare conformi ai principi concorrenziali sopra espressi, l'Autorità potrà presentare ricorso entro i successivi trenta giorni".

²¹ Tar Pescara 40/2021, Tar Salerno 265/2020, Tar Catania 505/2021, Tar Veneto 218/2020. Recentemente il Tar Campania, sez. Salerno, con la sent. 265/2021, ha altresì affermato che la proroga delle concessioni demaniali, in assenza di gara, «non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento», perché equivalente a un rinnovo automatico delle concessioni, ostativo a procedure selettive aperte e trasparenti. La giurisprudenza - in modo pressoché unanime - ha, dunque, ritenuto ostativa al diritto euounitario la proroga automatica delle concessioni sino al 2033.



successivamente prorogate in attuazione della delibera di indirizzo *de qua*, potessero essere oggetto di annullamento da parte dell'autorità giudiziaria.

Ed è proprio la individuazione condivisa di una soluzione alternativa alla resistenza ed al possibile successivo scontro giurisdizionale che fa la differenza rispetto all'esperienza del Comune di Piombino.

In entrambi i casi i pareri formulati dall'AGCM poggiano sull'argomento che il rinvio - attraverso le proroghe - del confronto competitivo per il mercato impedisce di cogliere i benefici derivanti dalla periodica concorrenza per l'affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica²². In questo senso, le proroghe degli affidamenti, che non dovrebbero eccedere le reali esigenze delle amministrazioni per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive, integrano specifiche violazioni dei principi concorrenziali nella misura in cui impediscono il confronto competitivo che dovrebbe essere garantito in sede di affidamento dei servizi incidenti su risorse demaniali di carattere scarso, in un contesto di mercato nel quale le dinamiche concorrenziali sono già particolarmente affievolite a causa della lunga durata delle concessioni attualmente in essere.

Allo stesso modo, in entrambi i casi le Amministrazioni muovono dagli stessi presupposti, ossia dalla necessità - fra l'altro rafforzata dall'entrata in vigore del d. l. 34/2020 - di tutelare le esigenze dei settori economici più

profondamente colpiti dalla pandemia tra cui rientra il settore turistico, l'affidamento degli operatori del settore e, segnatamente, l'attenzione verso l'ormai imminente avvio della stagione estiva.

E, tuttavia, le strade percorse successivamente dal Comune di Piombino e dal Comune di Capri, come si è esposto, divergono sensibilmente. Nell'attesa, come si riferiva, che l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato si pronunci e che il legislatore italiano finalmente ponga chiarezza in materia, la soluzione esaminata in questa sede non aderisce supinamente all'approccio iperconcorrenziale espresso dall'UE ma, attraverso l'individuazione di una procedura comparativa quale quella prevista dagli artt. 37 cod. nav. e 17 reg. att., permette di evitare gli effetti distorsivi della concorrenza prodotti dalle proroghe, riuscendo a coniugare interessi pubblici ed interessi economici privati.

La procedura comparativa prevista dagli artt. 37 del codice della navigazione e dall'art. 18 del reg. di attuazione individuata con la delibera 98/2021 dal Comune di Capri rappresenta una soluzione che bilancia la posizione dell'Autorità - che vuole che nei mercati in cui, in ragione delle specifiche caratteristiche oggettive delle attività tecniche, economiche e finanziarie, esiste un'esclusiva, l'affidamento delle concessioni debba avvenire mediante procedure concorsuali trasparenti e competitive, al fine di attenuare gli effetti distorsivi della concorrenza, connessi alla posizione di privilegio attribuita al concessionario - con la attenzione espressa recentemente dallo stesso legislatore verso la tutela e la custodia delle coste italiane affidate in concessione, quali risorse turistiche fondamentali del Paese, e l'occupazione e il reddito delle imprese in grave crisi per i danni subiti dai cambiamenti climatici e dai conseguenti eventi calamitosi straordinari.

²² Quindi, eventuali proroghe degli affidamenti non dovrebbero comunque eccedere le reali esigenze delle amministrazioni, per consentire quanto prima l'allocazione efficiente delle risorse pubbliche mediante procedure competitive, laddove - come si ricava, da ultimo, anche dalla recente segnalazione resa ai sensi degli artt. 21 e 22 della l. 287/1990 in merito a "Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021" del 22 marzo 2021, inviata al Presidente del Consiglio dei Ministri - l'affidamento delle concessioni tramite procedure competitive consente la piena valorizzazione del bene demaniale delle coste italiane che, in base anche all'art. 1, c. 675, della l. 145/2018, rappresenta un elemento strategico per il sistema economico del Paese.



DANNO DA LESIONE PARENTALE: UN TEMA (TROPPO) DIBATTUTO

di Carlo GIORDANO e Luigi LALLA

SOMMARIO

1. Premessa.
2. Analisi della giurisprudenza.
3. Considerazioni conclusive.

1. PREMESSA

L'articolo affronta il tema del danno conseguente alla lesione del rapporto parentale, ossia il danno che deriva dalla perdita o dalla compromissione del rapporto familiare o affettivo, per effetto di morte o menomazione dell'integrità psicofisica del familiare²³.

In generale, il danno da perdita del rapporto parentale viene a configurarsi come un danno di natura non patrimoniale che un soggetto subisce, in virtù dello stravolgimento di un sistema di vita che rinvia le sue fondamenta nell'affetto e nella quotidianità di tale rapporto con la persona deceduta.

È bene premettere che quando parliamo di danno patrimoniale e di danno non patrimoniale facciamo riferimento alle conseguenze che derivano dall'evento lesivo²⁴.

Tale evento può consistere nella lesione, ad esempio, di un interesse non patrimoniale e potrebbe produrre tanto conseguenze patrimoniali,

quanto conseguenze non patrimoniali. In particolare modo, l'esistenza di una duplice nozione di danno, danno evento da un lato e danno conseguenza dall'altro lato, ci dimostra ulteriormente che nessun danno è risarcibile *in re ipsa*, perché il risarcimento ha sempre ad oggetto le conseguenze che derivano da una lesione, e non la semplice lesione in quanto tale. Il risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale presuppone, in ogni caso, la prova di una mancanza sotto il profilo della perdita patrimoniale o della perdita di affetti o di un benessere perduto e sostituito con il dolore. Tutte queste circostanze devono essere oggetto di precise allegazioni che, talvolta, devono tradursi in prove nel processo²⁵.

Quando parliamo di danno non patrimoniale, inoltre, la struttura dell'illecito rimane sempre la stessa: condotta - danno ingiusto - danno conseguenza. Il danno conseguenza è un danno di natura non patrimoniale, non ha carattere reddituale e rappresenta l'insieme delle conseguenze che non sono immediatamente suscettibili di valutazione economica, tant'è che il danno non patrimoniale viene, per questa sua natura, liquidato in via equitativa. Si può trattare, ad esempio, di una "equità guidata", cioè, controllata da criteri uniformanti (laddove è possibile ricavarli), come accade per la liquidazione del c.d. danno biologico, che non avendo consistenza patrimoniale, non può che avvenire sulla base di criteri comunque equitativi.

L'evoluzione giurisprudenziale ha comunque ribadito che l'ordinamento conosce solo due tipologie di danni, quello patrimoniale e quello non patrimoniale. Tutti gli altri (biologico, esistenziale, morale soggettivo, di relazione ecc.) sono soltanto sfaccettature di un'unica tipologia di

²³ Cfr. G. GERACI, Le molteplici conseguenze della perdita del rapporto parentale nel confronto tra gli ordinamenti; M. RODOLFI, La fine della tabella di Milano per la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale (o danno da morte)? Conseguenze e riflessi, in *Ridare.it*: C. FAVILLI, La risarcibilità del danno morale da lesioni del congiunto: l'intervento dirimente delle Sezioni Unite, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 698; G. MONATERI, *Danno alla persona*, in *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, 75.

²⁴ Cfr. T. ARRIGO, *Danni patrimoniali «riflessi» da uccisione, danno biologico in caso di morte, legittimazione iure proprio e iure successionis dei congiunti della vittima: categorie dogmatiche ed esigenze di giustizia sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 100; E. SALEMI, *Vittime secondarie dell'illecito e risarcimento del danno patrimoniale da morte*, in *Resp. civ.*, 2010, 330; M. FRANZONI, Il danno patrimoniale e non patrimoniale da perdita delle relazioni parentali, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2003, 980, il quale sottolinea come tali pronunce « si segnalano per aver inventato il danno da lesione del rapporto parentale » e per avere, quindi, « dato dignità sistematica al danno da lutto, ossia alla perdita subita dai congiunti di persona uccisa »

²⁵ C. GABBA, *Risarcibilità dei danni morali*, in *Questioni di diritto civile*, II, Torino, 1898, pag. 225 ss.; Id., Ancora sul risarcimento dei danni cosiddetti morali, cit., pag. 841 ss.; Id., *Nuove questioni di diritto civile*, I, Torino, 1912, pag. 240 ss.; G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno*, Torino, 1903; Id., *Colpa extra contrattuale*, Torino, 1906, II, pag. 320 ss.; D. MANDRIOLI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, pag. 359 ss.; G. PACCHIONI, *Del risarcimento dei danni morali*, cit., pag. 3; Id., *Corso di diritto civile italiano*, IV, Padova, 1940, pag. 77 ss.; G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 231; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 470.



danno che è quello non patrimoniale²⁶: sono voci interne che non hanno autonomia, non hanno dignità normativa, ma vanno ricomprese all'interno dell'art. 2059 c.c., non esistendo danni non patrimoniali non disciplinati dal suddetto articolo.

La giurisprudenza ha poi altresì chiarito che, per risolvere il problema della tutela risarcitoria dei diritti fondamentali della persona estesa al danno non patrimoniale, non c'è bisogno di "fuggire" dall'art. 2059²⁷ creando una terza tipologia di danno né patrimoniale né non patrimoniale, ma basta leggere in un'ottica costituzionalmente orientata il suddetto articolo. Per questo motivo si ritiene superata la lettura dell'art. 2043 c.c. in aggiunta all'art. 32 della Costituzione nella parte in cui cercava di inquadrare il danno biologico come un *tertium genus* di danno, diverso da quello patrimoniale e non patrimoniale ex art. 2059. Le stesse norme della Costituzione che tutelano i diritti fondamentali della persona integrano, infatti, un caso previsto dalla legge di risarcibilità di danno non patrimoniali, ad esempio la tutela risarcitoria

dei diritti fondamentali della persona, ivi compreso il diritto alla salute oggi si colloca nel 2059 c.c..

In questi termini, il pregiudizio da perdita del rapporto parentale sembra configurare un peculiare aspetto del danno non patrimoniale, inteso così, come unica categoria di danno che ricomprende al suo interno queste diverse nomenclature (danno morale soggettivo, danno biologico ecc.); esso infatti riassume in sé i caratteri del danno esistenziale, in quanto afferente alla sfera dinamico-relazionale del soggetto interessato, più quelli propri del danno morale, inteso come sofferenza intima del superstite.

Per quanto concerne più specificamente la liquidazione del danno da perdita del rapporto parentale, occorre ricordare che il danno non patrimoniale va liquidato unitariamente e integralmente, tenendo conto di tutte le conseguenze, ma evitando duplicazioni o automatismi che possano dar luogo a duplicazioni. Per esempio, in virtù del principio di unitarietà e onnicomprensività del risarcimento del danno non patrimoniale, deve escludersi che al prossimo congiunto di persona deceduta in conseguenza del fatto illecito di un terzo possano essere liquidati sia il danno da perdita del rapporto parentale che il danno esistenziale, poiché il primo già comprende lo sconvolgimento dell'esistenza, che ne costituisce una componente intrinseca.

Tale danno non patrimoniale generalmente si quantifica, valutando le circostanze concrete, in modo equitativo utilizzando le tabelle in uso presso i Tribunali, che peraltro lasciano molta autonomia al giudice, essendo prevista una variabilità della misura del risarcimento.

A tal proposito, occorre sottolineare come da oltre dieci anni le Tabelle del Tribunale di Milano hanno assunto un'importante valenza per la quantificazione del danno non patrimoniale, venendo a rappresentare il punto di riferimento da cui attingere. Tuttavia, tali tabelle hanno altresì incontrato nel corso del tempo molteplici resistenze. Ad esempio, il tribunale di Roma, in aperto dissenso con i criteri milanesi, ha sempre utilizzato il proprio sistema tabellare per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale. Il riferimento va, a questo punto, alle numerose problematiche interpretative insorte in relazione al reale valore

²⁶ C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 5 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 300 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, I, p. 80 ss..

²⁷ Ex plurimis, cfr. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952; G. MOCCIOLA, *Problemi del risarcimento del danno in forma specifica in giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1984; R. PARDOLESI, *Danni cagionati dai minori: pagano sempre i genitori?*, in *Fam. e dir.* 1997; S. PIRAS, *Saggio sul comportamento del necessitato nel diritto privato*, in *Studi sassaresi* 1949; Perrone, *L'illecito nella circolazione stradale*, Torino, 2011; M. POGLIANI, *Responsabilità e risarcimento da illeciti civili*, Padova, 1969; G. PONZANELLI, *Alcune considerazioni sulla decisione "Scarano"*, in *Nuova giur. civile comm.* 2014; A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.* 1983, V; S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; M. ROSSETTI, *Il danno alla salute*, Milano, 2009; L. ROSSI CARLEO, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Riv. dir. civ.* II, 1979; D. RUBINO, *Osservazioni in tema di stato di necessità e concorso di persone nel fatto colposo*, in *Riv. giur. circolaz.* 1953; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale* (dir. vig.), *Enc. Dir.*, XXXIX; Scognamiglio, voce *Responsabilità civile*, in *Nss. D.L.*, XV, Torino, 1968; C. SCOGNAMIGLIO, voce *responsabilità per fatto altrui*, in *Nss. D.L.*, XV, 1968; G. SPINA, *La responsabilità della p.a. per il danno conseguente all'insidia stradale*, in *Resp. civ. prev.* 2011; P. STANZIONE (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, Padova, 2012, II; P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988; P. VIRGADAMO, *Chi calibra «l'equità calibrata»?*, in *Dir. fam.* 2014; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005.



della quantificazione del danno non patrimoniale, che saranno meglio analizzate in prosieguo²⁸.

In ultimo, ben si iscrive nel percorso argomentativo che si sta conducendo la problematica inerente l'onere della prova del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

Volendo limitare la nostra analisi ai soli profili probatori della più ampia tematica, assume centrale rilevanza e interesse, alla luce della assai variegata morfologia dei rapporti umani e, nello specifico, familiari, comprendere se vi siano dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

Particolarmente problematica è apparsa la prova da fornire in giudizio da parte del danneggiato-attore riguardo il rapporto personale che lo legava al soggetto deceduto a causa dell'altrui fatto illecito.

In via di sintesi, la Corte di Cassazione è intervenuta a chiarire, in primo luogo, che *“nel caso di morte di un prossimo congiunto (coniuge, genitore, figlio, fratello), l'esistenza stessa del rapporto di parentela deve far presumere, secondo l'id quod plerumque accidit, la sofferenza del familiare superstite, giacchè tale conseguenza è per comune esperienza è, di norma, connaturale all'essere umano. Naturalmente si tratterà pur sempre d'una praesumptio hominis, con la conseguente possibilità per il convenuto di dedurre e provare l'esistenza di circostanze concrete dimostrative dell'assenza di un legame affettivo tra la vittima ed il superstite”*, nonché, in secondo luogo, che *“la semplice lontananza, tuttavia, non è una circostanza di per sè idonea a far presumere l'indifferenza d'una madre alla morte del figlio (...) a nulla rilevando nè che la vittima ed il superstite non convivessero, nè che fossero distanti (circostanze, queste ultime, le quali potranno essere valutate ai fini del quantum debeatur). Nei casi suddetti è pertanto onere del convenuto provare che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio, e che di conseguenza la*

*morte della prima non abbia causato pregiudizi non patrimoniali di sorta al secondo”*²⁹.

Rispetto a tale conclusione, tuttavia, si è mostrata critica una parte della dottrina che ha evidenziato come, in tal modo, si concreterebbe una impropria inversione dell'onere della prova, che se può giustificarsi in relazione ad una condanna c.d. generica, mai potrebbe intervenire in ordine al *quantum debeatur*, ove l'attore dovrebbe pienamente fornire prova della concreta intensità della perdita subita, anche in ossequio al principio della vicinanza dell'onere della prova³⁰.

Sul punto allora, vale sottolineare come non sembrerebbe dividere l'assunto per cui andrebbe a configurarsi un'inversione dell'onere della prova, posto che il parente danneggiato usufruisca di un mezzo di prova riconosciuto dall'ordinamento, quello delle presunzioni, che non determina ex se un'inversione dell'onere della prova normativamente stabilito dall'art. 2043 c.c.

Se è pur vero che, nel caso del danno da perdita del rapporto parentale, viene a sfumare la differenza tra presunzioni e massime di comune esperienza (il c.d. fatto notorio), ciò non comporta alcuna violazione delle regole probatorie del giudizio civile, fintanto che nessuno può seriamente dubitare della considerazione da cui muove la giurisprudenza della Cassazione in ordine alla regolarità causale riguardante la sofferenza che deriva ad un familiare dalla perdita di un congiunto. Né sembrano essere stati travalicati i limiti che il giudice incontra nel ricorrere all'utilizzo della categoria dei fatti notori, laddove riconosce come la lontananza non escluda l'operatività di tale presunzione.

²⁸ Cfr. M. BONA, *Importanti precisazioni per lo statuto del danno non patrimoniale: sfera morale, personalizzazioni, rischi di recidive e congiunti del sopravvissuto*, II parte, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2019, 2098; D. SPERA, *Roma-Milano ancora più distanti: le due Tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale a confronto*, in *Ridare.it*; G. VISMARA, *Tabelle del Tribunale di Roma vs tabelle del Tribunale di Milano: una rivalità infinita*, *ibidem*.

²⁹ Cass. Civ., Sez. VI, 15 febbraio 2018, n. 3767, *“In materia di responsabilità civile, la somma risarcibile non può essere adeguata al contesto socio-economico del paese in cui vive il danneggiato, anche se il potere di acquisto della moneta è diverso rispetto a quello che essa possiede in Italia. In sostanza, va esclusa una diversa liquidazione del danno in ragione del contesto socio-economico ove risiede la vittima dell'illecito”*. Ad affermarlo è la Cassazione per la quale dalla funzione compensativa del risarcimento non può desumersi che il ristoro della sofferenza soggettiva patita possa essere modulato in base a dove vive il danneggiato, non essendo tale luogo una "conseguenza" del fatto illecito, né rientrando tra le "conseguenze" del danno l'utilizzo futuro della somma liquidata" in *www.dejure.it.*, con nota di F. AGNINO, *Morte del familiare e presunzione della sofferenza morale per i congiunti superstiti*, in *Ridare.it*, 6 giugno 2018.

³⁰ Cfr. F. PETROLATI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale ai congiunti nei paesi di origine: il senso imperfetto della cassazione per il denaro*, in *www.giustiziacivile.com*, 10 ottobre 2018.



Intimamente connessa con la problematica in parola è quella afferente la rilevanza della non convivenza laddove il congiunto che agisce per il risarcimento non sia un prossimo congiunto del soggetto deceduto (coniuge, genitore, figlio, fratello) bensì, un soggetto legato da altro rapporto di parentela, come in quello tra nonno e nipote.

Orbene, sul punto, in giurisprudenza è emerso un orientamento restrittivo, che ha ritenuto la necessità della convivenza per potersi ritenere leso il rapporto parentale di soggetti estranei al nucleo familiare, in quanto la convivenza rappresenterebbe quel dato minimo necessario ad esteriorizzare il rapporto, che eliminerebbe l'incertezza propria della prova nel caso concreto e che *“si sostituisce, così, al dato legalmente rilevante della parentela stretta all'interno della famiglia nucleare e, parificato a quest'ultimo, consente di usufruire dello stesso regime probatorio, per presunzione della particolare intensità degli affetti, che la giurisprudenza di legittimità ammette per i parenti stretti”*³¹.

Le ragioni di fondo di tale posizione si rinvergono nella restrizione della tutela costituzionale della famiglia alla sola famiglia nucleare, incentrata su coniuge, genitori e figli, rispetto alla quale soltanto è delineata la trama dei diritti e doveri reciproci; la limitata rilevanza giuridica del rapporto tra nonni e nipoti, poiché le disposizioni del codice civile evidenzerebbero un rapporto tra nonni e nipoti mediato dai genitori o comunque di supplenza di essi (artt. 148 e 336 c.c.); nonché l'esigenza di evitare un'arbitraria dilatazione dei soggetti danneggiati secondari.

In senso contrario, si è tuttavia posta la giurisprudenza più recente, affermando che *“in tal modo si esclude a priori il diritto del nipote non convivente al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale sulla base di un elemento estrinseco, transitorio e*

*del tutto casuale quale è quello della convivenza, di per sé poco significativo, ben potendo ipotizzarsi convivenze non fondate su vincoli affettivi ma determinate da necessità economiche, egoismi o altro e non convivenze determinate da esigenze di studio o di lavoro o non necessitate da bisogni assistenziali e di cura ma che non implicano, di per sé, carenza di intensi rapporti affettivi o difetto di relazioni di reciproca solidarietà contestato”*³².

Nel confutare le argomentazioni della giurisprudenza precedente, la sentenza in discorso sostiene che non sia condivisibile, sul piano normativo, la limitazione della famiglia alla sola famiglia nucleare, posto che, da un lato, l'ordinamento ricomprende i discendenti in linea retta tra i parenti (art. 75 c.c.) e stabilisce uno stretto vincolo di parentela tra nonni e nipoti (art. 76 c.c.), dall'altro, prevede vari diritti, doveri e facoltà nei confronti degli ascendenti e dei discendenti, richiamandosi, a titolo esemplificativo, il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, tutelabile in giudizio, ex art. 317 bis c.c.

Nello stessa direzione un'ulteriore sentenza della Suprema Corte, conclude che *“anche il legame parentale fra nonno e nipote consenta di presumere che il secondo subisca un pregiudizio non patrimoniale in conseguenza della morte del primo (per la perdita della relazione con una figura di riferimento e dei correlati rapporti di affetto e di solidarietà familiare) e ciò anche in difetto di un rapporto di convivenza, fatta salva, ovviamente, la necessità di considerare l'effettività e la consistenza della relazione parentale ai fini della liquidazione del danno”*³³, laddove si pone in linea con l'orientamento più restrittivo una ancor più recente decisione della Sezione Lavoro della Cassazione, che riprende pedissequamente le argomentazioni della sopra citata sentenza n. 4253/2012³⁴.

Nel rilevare come il contrasto sia aperto in seno alla giurisprudenza di legittimità, preme sottolineare un'incongruità di fondo che si legge

³¹ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 16 marzo 2012, n. 4253, in Giust. civ., Mass., 2012, 3, 354. *“In tema di danno patrimoniale conseguente alla morte di un congiunto per fatto illecito addebitabile ad un terzo, è risarcibile il pregiudizio subito per effetto del venir meno di prestazioni aggiuntive, in denaro o in altre forme comportanti un'utilità economica, erogate in vita dal congiunto deceduto, spontaneamente e in assenza di obbligo giuridico, ai figli o ai nipoti, a condizione che preesistesse una situazione di convivenza (ovvero una concreta pratica di vita, in cui rientri l'erogazione di provvidenze all'interno della famiglia allargata), in mancanza della quale, non essendo altrimenti prevedibile con elevato grado di certezza un beneficio durevole nel tempo, non può sussistere perdita che si risolva in un danno patrimoniale”* in www.iusexplorer.it.

³² Così Cass. Civ., Sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230, in Diritto & Giustizia, fasc.71, 2016, p. 13, con nota di P. PALEARI, La coabitazione nel risarcimento del danno da uccisione del congiunto.

³³ Cass. Civ., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29332, in Giur. It., fasc. 11, 2018, p. 2353, con nota di C. SCALVINI, Risarcibilità del danno parentale: la convivenza non è una condicio sine qua non.

³⁴ Cass. Civ. Sez. Lav., 19 novembre 2018, n. 29784, in Ilgiuslavorista.it, 16 gennaio 2019, con nota di R. SPAGNUOLO, La prova del danno non patrimoniale nel procedimento per la perdita di uno stretto congiunto.



nelle sentenze che sposano l'orientamento restrittivo. In particolare, da principio esse ritengono come affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale tra soggetti non prossimi congiunti, sia necessaria la convivenza, così affermando, nella sostanza, che non vi possa essere danno parentale in difetto di essa, senza che possa ammettersi prova contraria; in seguito invece, sembrano poi richiamare unicamente il ruolo della convivenza tra nonno e nipote al fine di considerare integrata quella presunzione di sussistenza del danno non patrimoniale che opera per i prossimi congiunti, anche a prescindere dal requisito della convivenza e, come visto nella giurisprudenza più recente, anche a prescindere dalla lontananza.

Ora, tale ricostruzione appare contraddittoria, in quanto, da un lato, l'assenza di convivenza appare preclusiva *tout court* del diritto al risarcimento del danno parentale tra congiunti non prossimi; dall'altro, la convivenza farebbe scattare la presunzione di sussistenza del danno parentale. Nel mezzo, è evidente, vi dovrebbe essere la possibilità, quantomeno, di provare, senza l'ausilio di presunzioni, la sussistenza di un danno non patrimoniale per effetto della perdita del congiunto non prossimo anche in capo al parente che con quest'ultimo non fosse convivente, la quale ipotesi tuttavia non è mai neppure indagata dalla giurisprudenza restrittiva.

E tuttavia, appare comunque maggiormente condivisibile la posizione espressa dalla giurisprudenza più recente, proprio poiché nega rilevanza ad una presunzione che non ha invero riscontro nell'*id quod plerumque accidit*, avendo spiegato la Corte come la non convivenza, non sia idonea a far presumere una assenza di sofferenza oltre la soglia bagatellare e quindi meritevole di risarcimento in soggetti che, pur se non congiunti prossimi, ben possono aver intrattenuto con il soggetto deceduto rapporti affettivi di particolare intensità.

Il che peraltro non pare escludere la necessità di un'accurata istruttoria in ordine all'entità della sofferenza patita dai congiunti, siano essi prossimi o meno, che si trovassero lontani o comunque non conviventi con il parente deceduto, stante la rilevanza in punto di quantum del risarcimento, come chiarito da tutta la giurisprudenza esaminata.

2. ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA

Venendo ora ad analizzare gli aspetti giurisprudenziali afferenti la presente tematica, si può appurare che la stessa giurisprudenza è stata, a

ben vedere, il grande *driver* delle nuove frontiere raggiunte dalla responsabilità civile.

Nello specifico settore del risarcimento del danno alla persona, dove si doveva affrontare il problema della valutazione pecuniaria di un interesse non misurabile in denaro, la giurisprudenza si è mossa addirittura con maggiore libertà, svolgendo sostanzialmente una funzione di supplenza rispetto ad altri poteri.

Tuttavia, sembra opportuno menzionare un breve *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale negli ultimi quarant'anni: partendo dal riconoscimento del danno alla salute; alla sua qualificazione come danno evento (Corte Cost. n. 184/1986³⁵); la richiesta di risarcimento del danno esistenziale come terza voce di danno non patrimoniale che si affiancava al danno biologico e al danno morale; la lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. tra interesse della persona costituzionalmente protetto e invece la necessaria sussistenza di un diritto inviolabile; la unitaria figura del danno non patrimoniale elaborata dalle Sezioni Unite del 2008; il danno non patrimoniale finalmente considerato come danno conseguenza, ma l'ampio utilizzo del meccanismo presuntivo in particolar modo per il danno morale; la disciplina del danno biologico nel Codice delle Assicurazioni all'interno del sistema della r. c. auto e l'accoglimento di un principio di non integrale risarcimento per le lesioni di lieve entità (Corte cost. n. 235/2014³⁶); il suo abbandono da parte della L. n. 124/2017; i successivi sviluppi

³⁵ La distinzione tra il danno biologico e il danno morale subiettivo va individuata nella struttura del fatto realizzativo della menomazione dell'integrità bio-psichica: il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (come anche il danno patrimoniale) appartiene alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto. La risarcibilità per sé, in ogni caso, del danno biologico, trova il suo fondamento nell'art. 2043 c.c. che, correlato all'art. 32 della Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. In <https://www.iusexplorer.it/Giurisprudenza/Massima?IdDocMaster=701424&idDataBanks=0&idUnitDoc=0&nVigUnitDoc=1&pagina=1&NavId=1711244522&pid=19&IsCorr=False>.

³⁶ Nel sistema di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve misurarsi con quello generale degli assicurati a premi assicurativi sostenibili. L'introdotta meccanismo tabellare di quantificazione del danno supera il vaglio della ragionevolezza, atteso che consente al giudice di personalizzare l'importo risarcitorio standard in base alle "condizioni soggettive del danneggiato". In www.dejure.it



giurisprudenziali (dal c.d. “decalogo” del marzo 2018 alla sentenza Cass. civ. n. 25164/2020³⁷).

Il danno non patrimoniale, ad oggi, è diventato molto rilevante altresì nei suoi termini economici. La giurisprudenza, attraverso gli artt. 1226 e 2056 c.c., ha determinato quindi il risarcimento “giusto” in modo conforme alle previsioni del sistema; di fatto, con la crescita del danno non patrimoniale, è venuta a gestire un fenomeno di importanza economica apicale.

E proprio quasi rendendosi conto dell'importanza economica del compito ad essa assegnato, la giurisprudenza ha cercato di dotarsi di uno strumento in grado di garantire uniformità nella valutazione di detto danno, in omaggio al principio generale di uguaglianza.

Ecco, quindi, il debutto nel 1995 delle Tabelle Giudiziali.

Come anticipato in precedenza, da oltre dieci anni la tabella di Milano ha assunto una valenza “paranormativa” per la quantificazione del danno non patrimoniale. Attraverso il sistema milanese si può infatti risalire all'individuazione del *quantum debeatur* entro un intervallo di valori prestabilito per alcune categorie di relazioni intercorrenti tra la persona scomparsa e il superstite che invoca il risarcimento a detto titolo, e dunque, al parametro da utilizzare per liquidare questa categoria di pregiudizio in modo omogeneo e standardizzato, nel tentativo di superare le accentuate divergenze che si erano registrate nella giurisprudenza di merito, e di assicurare l'uniformità di giudizio su tutto il territorio nazionale.

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 8468/2020, aveva affermato che le Tabelle del Tribunale di Milano: “*si sostanziano invero in regole integratrici del concetto di equità, atte a circoscrivere la discrezionalità dell'organo giudicante, costituendo quindi un mero criterio guida, e non già normativa di diritto.*”

Il 10 marzo 2021 l'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano ha divulgato l'edizione del 2021 delle “Tabelle milanesi per la liquidazione del danno non patrimoniale derivante da lesione dell'integrità psico-fisica e dalla perdita-grave lesione del rapporto parentale e relativi criteri applicativi³⁸”.

Con riferimento alla su menzionata edizione 2021 delle tabelle meneghine, si nota come vengano catalogate cinque tipologie di rapporti, ricapitolate di seguito, e per ciascuna di esse, dei relativi importi minimi e massimi del risarcimento:

a) a favore di ciascun genitore per la morte di un figlio (€ 168.250,00; € 336.500,00);

b) a favore del figlio per la morte di un genitore (€ 168.250,00; € 336.500,00);

c) a favore del coniuge (non-separato), della parte dell'unione civile o del convivente di fatto sopravvissuto (€ 168.250,00; € 336.500,00);

d) a favore del fratello per la morte di un fratello (€ 24.350,00; € 146.120,000);

e) a favore del nonno per la morte di un nipote (€ 24.350,00; € 146.120,00).

Le Tabelle del Tribunale di Milano 2021 sono state aggiornate anche nella parte riguardante l'entità risarcibile per il danno non patrimoniale derivante da perdita/ grave lesione del rapporto parentale. Nello specifico, come vediamo, la tabella riporta la forbice dei valori monetari liquidabili in base alle diverse circostanze e gradi di parentela, ossia per la morte di un genitore, di un figlio, del coniuge, della parte dell'unione civile o del convivente di fatto, del fratello e del nipote. Si specifica altresì che il giudice può “*valutare se riconoscere il danno da perdita del rapporto parentale anche a soggetti diversi da quelli previsti nella Tabella, purché venga fornita la prova di un intenso legame affettivo e di un reale sconvolgimento di vita della vittima secondaria*”. Nella suddetta liquidazione occorre, dunque, considerare diversi parametri, come la sopravvivenza di altri congiunti del nucleo familiare

³⁷ In tema di danno alla persona, ai fini della liquidazione del danno alla salute attraverso l'applicazione delle tabelle sviluppate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile presso il Tribunale di Milano il giudice di merito deve: 1) accertare l'esistenza, nel singolo caso di specie, di un eventuale concorso del danno dinamico-relazionale e del danno morale; 2) in caso di positivo accertamento dell'esistenza (anche) di quest'ultimo, determinare il quantum risarcitorio applicando integralmente le Tabelle in questione, che prevedono la liquidazione di entrambe le voci di danno e pervengono all'indicazione di un valore monetario complessivo (costituito dalla somma aritmetica di entrambe le voci di danno); 3) in caso di negativo accertamento, e di conseguente esclusione della componente morale del danno, considerare la sola voce del danno biologico, depurata dall'aumento tabellarmente previsto per il danno morale secondo le percentuali ivi indicate, liquidando, conseguentemente il solo danno dinamico-relazionale; 4) in caso di positivo accertamento dei presupposti per la c.d. personalizzazione del danno, procedere all'aumento fino al 30% del valore del solo danno biologico, depurato, analogamente a quanto indicato al precedente punto 3, dalla componente morale del danno automaticamente inserita in Tabella. In www.dejure.it.

³⁸ Cfr. <http://www.milanoosservatorio.it/wp-content/uploads/2021/03/OSS-MI-TABELLE-2021-LIQUIDAZIONE-DANNO-NON-PATRIMONIALE-ALLA-PERSONA.pdf>.



primario, la convivenza con questi ultimi, la qualità ed intensità della relazione affettiva che caratterizzava il rapporto parentale con la persona perduta, l'età della vittima primaria e secondaria. Il danno non è riconosciuto *in re ipsa* ma il danneggiato deve dimostrare il pregiudizio patito e spetta al giudice valutare se riconoscere il ristoro (Cass. n. 25164/2020).

Le tabelle milanesi hanno goduto di un certo seguito anche in altre aree geografiche del nostro paese, se non altro come punto di riferimento, dal quale era ammissibile discostarsi in presenza di motivate ragioni (si veda, a titolo, esemplificativo, Trib. Savona 24 giugno 2020). Le ipotesi, però, sono diverse, e la tabella di Milano non è mai stata sufficientemente precisa per la liquidazione del danno da uccisione del congiunto. Infatti, essa si limita a prevedere un importo minimo ed uno massimo, con una forbice peraltro piuttosto ampia (ad esempio, per la morte del coniuge si va da 168.250 a 336.500 euro), e non indica alcuno specifico criterio per determinare concretamente quale valore debba essere liquidato. Così, di fatto, la quantificazione del danno parentale viene rimessa alla valutazione equitativa dei giudici di merito, con buona pace dell'uniformità di giudizio e della prevedibilità delle sentenze.

Per queste ragioni, la tabella di Milano per la liquidazione del danno da morte del congiunto ha incontrato molte resistenze. Ad esempio, il tribunale di Roma, in aperto contrasto con i criteri milanesi, ha sempre utilizzato il proprio sistema tabellare per la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

La stessa Cassazione, con sentenza n. 29495 del 14/11/2019³⁹, ha poi apertamente smentito la

pretesa valenza nazionale dei criteri milanesi, e questo orientamento è stato ribadito dalla sentenza di Cass. III, 21/04/2021, n. 10579⁴⁰, la quale ha altresì riconosciuto la necessità di far ricorso a una tabella “che preveda, oltre l'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore *medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, da indicare come indefettibili, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione [...]*”. Una tabella, per l'appunto, come quella elaborata dal tribunale di Roma.

A questo punto la Cassazione, che come esposto in precedenza, aveva evidenziato come le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano (diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all'integrità psico-fisica) non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale (così Cass. civ. sez. III, 14 novembre 2019, n. 29495) – muove l'affondo decisivo, esprimendo la sua contrarietà per una tabella che non sia basata sul «sistema a punti».

Osserva, al riguardo, il Supremo Collegio che, seguendo un diverso approccio, “la tabella non garantisce la funzione per la quale è stata concepita, che è quella dell'uniformità e prevedibilità delle decisioni a garanzia del principio di eguaglianza”. In particolare, limitandosi la tabella milanese “ad individuare un tetto minimo ed un tetto massimo, fra i quali ricorre peraltro una assai significativa differenza”, si ottiene “esclusivamente una perimetrazione della clausola generale di valutazione equitativa del danno”. Di modo che si rimane ancora al cospetto “*di una sorta di clausola generale, di cui si è soltanto ridotto, sia pure in modo relativamente significativo, il margine di*

³⁹ Nella liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale - diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all'integrità psico-fisica - le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale; tuttavia, qualora il giudice scelga di applicare i predetti parametri tabellari, la personalizzazione del risarcimento non può discostarsi dalla misura minima ivi prevista senza dar conto nella motivazione di una specifica situazione, diversa da quelle già considerate come fattori determinanti la divergenza tra il minimo e il massimo, che giustifichi la decurtazione. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha cassato la decisione di merito che, pur avendo identificato nelle tabelle milanesi il parametro equitativo, aveva inspiegabilmente quantificato il risarcimento, spettante al figlio per la perdita della madre, in una misura corrispondente a circa un terzo dell'importo minimo delle tabelle stesse). *In www.deiustitia.it*

⁴⁰ In tema di valutazione del danno da perdita o compromissione del rapporto parentale esso va liquidato a chi abbia sofferto per aver perso un congiunto (o per aver visto deteriorato il rapporto, per grave menomazione fisica) a seguito di un illecito di terzi. In tale contesto la tabella di Milano sulla liquidazione del danno non patrimoniale - finora considerata il parametro “paranormativo” di riferimento, dati il suo utilizzo diffuso e la sua vocazione nazionale (Cassazione, sentenza 12408/2011) - valuta il danno parentale non con la tecnica del punto variabile (utilizzata per il danno biologico) ma limitandosi a individuare alcune forbici di valore per categorie di congiunti. Nell'ambito di tali range il giudice può individuare la misura concreta del risarcimento del danno in funzione di quanto provato da chi affermi di averlo patito e del grado di sofferenza e di sconvolgimento del rapporto nel singolo caso di specie.



generalità. La tabella, così concepita, non realizza in conclusione l'effetto di fattispecie che ad essa dovrebbe invece essere connotato".

Senonché i giudici della legittimità vanno oltre, chiarendo come dovrebbe essere realizzata una tabella idonea a soddisfare le necessità di uniformità di giudizio in casi simili; all'uopo si richiede, "oltre all'adozione del criterio a punto, l'estrazione del valore medio del punto dai precedenti, la modularità e l'elencazione delle circostanze di fatto rilevanti, tra le quali, indefettibilmente, l'età della vittima, l'età del superstite, il grado di parentela e la convivenza, nonché l'indicazione dei relativi punteggi, con la possibilità di applicare sull'importo finale dei correttivi in ragione della particolarità della situazione, salvo che l'eccezionalità del caso non imponga, fornendone adeguata motivazione, una liquidazione del danno senza fare ricorso a tale tabella". Dunque, la Cassazione detta la linea, non sceglie un modello astratto ma si lascia chiaramente ispirare da quello in uso presso il Tribunale di Roma. Difatti, le tabelle capitoline, laddove si occupano della "liquidazione del danno non patrimoniale da morte di un congiunto", assegnano un dato punteggio rispetto alle seguenti voci: relazione di parentela con il *de cuius*; età della vittima; età del congiunto; convivenze e composizione del nucleo familiare. Sommando i vari punteggi parziali (e applicando gli eventuali correttivi per l'assenza di altri familiari entro il secondo grado e per la non convivenza), si ottiene il punteggio complessivo che viene moltiplicato per un valore predeterminato.

3. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Al termine di questa rapida disamina di un panorama variegato e assai frastagliato paiono potersi trarre alcune riflessioni conclusive.

In primis, prendendo le mosse dalla recente Cass. Civ., ord., 4 marzo 2021, n. 5865¹¹ (est. Rossetti) il tutto sembra ricondursi ad un pugno di alcuni "semplici" principi: 1) il danno non patrimoniale qualificato come categoria ordinante

unitaria e onnicomprensiva, la qual cosa, però, 2) non implica che la monetizzazione del punto d'invalidità "ristori di per sé ogni e qualsiasi pregiudizio subito dalla vittima", posto ch'essa corrisponde all'incidenza verificabile su base medicolegale e d'intensità standard; 3) quest'ultima caratteristica va valutata sulla scorta del raffronto dei concreti pregiudizi dedotti e provati dalla vittima con quelli esaminati dal giudice; 4) "il danno alla salute in null'altro consistente che nella compromissione del compimento degli atti della vita quotidiana", sì che "la sola distinzione giuridicamente rilevante in tema di liquidazione del danno alla persona è ... quella fra conseguenze indefettibili dell'invalidità e conseguenze peculiari", ossia "quelle sofferte solo da quella particolare vittima, in conseguenza delle sue pregresse condizioni o del tipo di attività, ma non comuni necessariamente a tutte le vittime che abbiano sofferto identiche lesioni guarite con identici postumi".

Posto ciò, in breve si estrapola un principio di diritto affermato in modo molto chiaro ma che esprime una evidente paralisi sul piano delle conseguenze: "al fine di garantire non solo una adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi, il danno da perdita del rapporto parentale deve essere liquidato seguendo una tabella basata sul sistema a punti" che segua i criteri sopra indicati.

La paralisi consiste però nell'aver sconfessato le tabelle milanesi, nello stesso momento in cui se ne ribadisce la portata para-normativa, come confermato da Cass. Civ. n. 11719/2021 "*per la liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale le tabelle predisposte al Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell'equità su tutto il territorio nazionale*"¹²; tutto ciò senza evocare

¹¹ Si ricorda sul punto che "In tema di danno alla persona, la presenza di postumi macropersistenti (nella specie, del 24%) non consente di desumere automaticamente, in via presuntiva, la diminuzione della capacità di produrre reddito della vittima, potendo per altro verso integrare un danno da lesione della capacità lavorativa generica il quale, risolvendosi in una menomazione dell'integrità psico-fisica dell'individuo, è risarcibile in seno alla complessiva liquidazione del danno biologico". In www.deiustitia.it.

¹² Nella sentenza in esame la Corte di Cassazione ha rilevato che "In caso di morte causata da un illecito, il danno morale terminale deve essere tenuto distinto da quello biologico terminale, in quanto il primo (danno da lucida agonia o danno catastrofale o catastrofico) consiste nel pregiudizio subito dalla vittima in ragione della sofferenza provata nel consapevolmente avvertire l'ineluttabile approssimarsi della propria fine ed è risarcibile a prescindere dall'apprezzabilità dell'intervallo di tempo intercorso tra le lesioni e il decesso, rilevando soltanto l'integrità della sofferenza medesima; mentre il secondo, quale pregiudizio alla salute che, anche se temporaneo, è massimo nella sua entità e intensità, sussiste, per il tempo della permanenza in vita, a prescindere dalla percezione cosciente della gravissima lesione dell'integrità personale della vittima nella fase terminale della stessa, ma



esplicitamente le tabelle che ai criteri enunciati nel principio di diritto invece rispondono più da vicino: quelle romane nella loro ultima versione.

Queste, infatti, individuano nei cinque fattori di influenza del risarcimento tutte le prescrizioni ritenute indefettibili dal Supremo Collegio: “a. il rapporto di parentela esistente tra la vittima ed il congiunto avente diritto al risarcimento...; b. l’età del congiunto...; c. l’età della vittima...; d. la convivenza tra la vittima ed il congiunto superstite...; e. presenza all’interno del nucleo familiare di altri conviventi o di altri familiari non conviventi)”.

Che la III Sezione stia muovendo verso un sincretismo tabellare pare evidente, che si stia muovendo a piccolissimi passi lo è altrettanto: non evocare esplicitamente la sostituzione delle tabelle milanesi con quelle romane non contiene solo un rispettoso invito ad adeguarsi in questo dialogo a distanza condito da un gioco delle parti ma anche l’auspicio di non dovere sostituire uno strumento così diffuso e che ha rivelato negli anni grande resilienza⁴³.

richiede, ai fini della risarcibilità, che tra le lesioni colpose e la morte intercorra un apprezzabile lasso di tempo. (Nel caso di specie, ha osservato la Suprema corte, la Corte territoriale ha chiaramente escluso la ricorrenza del danno biologico in ragione del breve lasso di tempo in cui la vittima era sopravvissuta all’evento di danno, ma non ha preso in considerazione il danno da lucida agonia, la cui ricorrenza, come si è detto prescinde dalla durata della sopravvivenza in vita - il che supera le obiezioni formulate dalla controricorrente che lamenta il fatto che il lasso di sette ore era stato calcolato a partire dal momento dell’incidente che non poteva esserle imputato piuttosto che dal momento in cui avrebbe dovuto essere eseguita l’ecografia - ed è legata unicamente alla consapevole attesa della morte imminente e inevitabile da parte della vittima)”. In www.dejure.it.

⁴³ Va conclusivamente ricordato che anche Cass. Civ., Sez. III, 5 maggio 2021, sentenza n. 11719, continua a ritenere “legittimamente adottabili come parametro di riferimento” le Tabelle Milanesi (richiamando Cass. Civ., Sez. VI, 9 giugno 2020, n. 10924: “Nella liquidazione equitativa del danno da perdita del rapporto parentale, diversamente da quanto statuito per il pregiudizio arrecato all’integrità psico fisica, le tabelle predisposte dal Tribunale di Milano non costituiscono concretizzazione paritaria dell’equità su tutto il territorio nazionale, ma sono legittimamente adottabili a parametro di riferimento. Qualora il giudice scelga di utilizzare i predetti parametri tabellari, la personalizzazione del risarcimento non può discostarsi dalla misura minima prevista, mentre una personalizzazione che si collocasse al di sopra dei limiti massimi delle tabelle di riferimento adottate sarebbe pienamente legittima ove giustificata dalla peculiarità del caso di specie, ma la scelta di non ritenerla necessaria rientra nella legittima valutazione equitativa del danno effettuata dal giudice ai sensi dell’art. 1226 c.c., come tale non sindacabile se non

sotto il profilo della carenza assoluta di motivazione nei limiti attuali sopra ricordati” in www.iusexplorer.it).



DIFFAMAZIONE SU FACEBOOK: LA PROVA LOGICA SULLA PROVENIENZA DI UN POST È CONDIZIONE SUFFICIENTE AI FINI DI CONDANNA

di Pierluigi ZARRA*

ABSTRACT

The present contribution focuses on the most recent case law on the subject of defamation on Facebook, with specific reference to the new dimension of the burden of proof. In particular, the Supreme Court has deemed sufficient, for the purposes of the integration of the crime in question, in the aggravated form, the logical evidence that the post, published on the personal profile of the offender, can be attributed to him, regardless of the procedure of verification of log files and IP address, prerogatives that have always been attributed to the investigative power of the State Police, Postal and Communications Section, so that the absence of a complaint for identity theft, the failure to distance himself from the statements made and other circumstances are congruent elements to attribute the authorship of the defamatory communication.

SOMMARIO

1. La diffamazione aggravata a mezzo Facebook e l'individuazione dell'indirizzo IP e dei file LOG.
2. La casistica giurisprudenziale precedente.
3. La diffamazione su base indiziaria. Riflessioni conclusive.

1. LA DIFFAMAZIONE AGGRAVATA A MEZZO FACEBOOK E L'INDIVIDUAZIONE DELL'INDIRIZZO IP E DEI FILE LOG

La Suprema Corte di Cassazione si è recentemente pronunciata su una vicenda di particolare rilievo, in materia di diffamazione aggravata, a mezzo *Facebook*, ai sensi dell'art. 595, comma 3, c.p.

La decisione, che qui si annota, risulta meritevole dell'attenzione del lettore, specie per aver costituito un nuovo orientamento, dominante,

in giurisprudenza in tema di attività investigativa informatica.

Orbene, la sentenza, depositata il 21 giugno 2021, n. 24212, si segnala nella parte in cui la ricorrente sosteneva l'erronea applicazione della fattispecie di cui all'art. 595, comma 3 c.p., vizio nella motivazione, nonché violazione dei criteri di valutazione della prova, asserendo che fosse stata omessa qualsiasi attività d'indagine tanto sull'indirizzo IP quanto sui file di log.

Occorre primariamente indicare che l'*Internet Protocol address* è costituito da un numero del datagramma che individua, in modo univoco, il dispositivo utilizzato, il quale è collegato, a sua volta, ad una rete informatica.

I *file di log*, di contro, contengono altri elementi indispensabili ai fini probatori e, prima ancora investigativi, ovvero i tempi e gli orari dell'avvenuta connessione alla rete informatica, ove è collegato il dispositivo, e gli URL, sequenza di caratteri che identifica l'indirizzo di una risorsa informatica.

Con la sentenza in oggetto, la Corte di Cassazione torna a confrontarsi con una tematica assai complessa, tanto da giustificare mutamenti in seno al suo stesso consolidato orientamento.

È pacifico considerare che le piattaforme *social* siano qualificate quali luoghi aperti al pubblico; pertanto, qualsiasi uso illecito e improprio che, dunque, travalica oggettivamente il diritto della libera espressione del proprio pensiero - riconosciuto ad ogni individuo dalla stessa Costituzione e, di conseguenza, con riverberi nella stessa disciplina penalistica, all'art. 51 c.p., esercizio di un proprio diritto, segnatamente diritto di cronaca/critica - costituisce arbitrio, ingiustificato e, pertanto, sanzionabile penalmente.

A tal proposito, è ormai noto che la giurisprudenza di legittimità sia concorde nel ritenere che la comunicazione avente contenuto diffamatorio - avvenuta attraverso il proprio profilo *Facebook*, pubblicato sulla propria bacheca - costituisce condotta penalmente rilevante ai sensi dell'art. 595 c.p., nella forma aggravata di cui al comma 3, dal momento che, per la natura stessa della piattaforma adoperata, il *post* contenente la diffamazione è visualizzabile da tutti coloro che



hanno accesso al profilo⁴⁴, proprio perché l'offesa si realizza mediante l'uso di un qualsiasi mezzo di pubblicità, differente dalla stampa, ma, in ogni modo, potenzialmente congruo a raggiungere un numero indefinito, quantitativamente apprezzabile, di persone che vengono a conoscenza del contenuto offensivo della reputazione altrui⁴⁵.

A riprova di ciò, urge considerare che la pubblicazione di contenuti social costituisce una forma di comunicazione, per l'appunto, pubblica; in questo modo, la diffamazione aggravata potrà dirsi configurata anche nel caso in cui sia o non sia presente il destinatario delle espressioni denigranti.⁴⁶

2. LA CASISTICA GIURISPRUDENZIALE PRECEDENTE

Avendo preliminarmente fornito tutti gli elementi essenziali per la trattazione e per ben compendiare la materia oggetto di analisi, occorre analizzare quali siano gli orientamenti interpretativi che si sono susseguiti in tema di diffamazione aggravata, a mezzo Facebook.

La *vexata quaestio*, che sovente si pone, ha riguardo al percorso d'accertamento in ordine alla provenienza del post diffamatorio, con specifico riferimento al processo coinvolgente l'attività d'investigazione sugli indirizzi IP e i file di log.

Segnatamente, il problema attiene all'ipotesi in cui l'atto criminoso si sia realizzato in una bacheca virtuale che sia utilizzata da più utenti.

In particolare, giova rammentare che la corrente ermeneutica precedente⁴⁷ stabiliva che per aversi penale responsabilità, per i reati di natura informatica, fosse necessario rintracciare l'indirizzo IP di provenienza e accertare luogo, data e ora dei tempi di connessione, fornita mediante i c.d. file di log, senza i quali non sarebbe possibile addebitare il fatto di reato all'indagato.

È ben chiaro che l'individuazione del reo deve obbligatoriamente superare il vaglio di prova fornito dai predetti *file di log*, i quali possono

essere rilasciati esclusivamente dall'*internet provider*.

In questo caso, l'Autorità giudiziaria, servendosi della competenza esclusiva della Polizia di Stato, sezione Postale e delle Comunicazioni, emette un decreto volto ad acquisire i *file di log*, potendo così individuare agevolmente l'intestatario del contratto di connessione, atteso che si tratta di una constatazione oggettiva, ineludibile, per l'accertamento dell'identità digitale.

Laddove i suindicati file non vengano forniti e qualora le prove informatiche, allegare in precedenza, abbiano dimostrato che l'indirizzo IP in oggetto sia intestato ad altro profilo *internet*, non sarà possibile procedere al rinvio al giudizio; tuttavia, l'imputato andrà, conseguentemente, assolto, per violazione del criterio legale sulla valutazione delle prove, ai sensi dell'art. 192 c.p.p., atteso che gli indizi posti a sorreggere l'accusa non possono esser ritenuti convergenti, concordanti e precisi.

Tale pronuncia, dunque, pone in evidenza come anche se gli indizi possano ritenersi stringenti e convergenti, seppur apparentemente, utili a individuare il responsabile del reato contestato, vi sia un presupposto indispensabile e ineludibile per giungere ad una corretta definizione del procedimento penale e, quindi, ad una condanna; ciò risiede, invero, nell'individuare, con certezza, la provenienza del messaggio diffamatorio, solo con l'accertamento dell'indirizzo IP.

3. LA DIFFAMAZIONE SU BASE INDIZIARIA. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

La più recente giurisprudenza in materia⁴⁸, che in questa sede s'intende, seppur brevemente, commentare, sostiene che in assenza di dettagliati accertamenti sull'effettiva provenienza del post oggetto di diffamazione per il tramite dell'indirizzo IP e dell'utenza telefonica, intestata all'indagato, è possibile attribuire la penale responsabilità su base puramente indiziaria, qualora venga riscontrata piena convergenza, pluralità, precisione di elementi essenziali, quali il movente, l'oggetto su cui verte la pubblicazione offensiva, il rapporto interpersonale tra i soggetti coinvolti, la corrispondenza fra la bacheca virtuale - ove si è consumata la diffamazione - e il nome utilizzato sulla medesima piattaforma *social*, oltre a ciò, anche l'assenza di una denuncia per furto d'identità.

⁴⁴ Cass. pen., 8 giugno 2015, n. 24431.

⁴⁵ Recentemente, Corte d'Appello Trento, 12 febbraio 2021, n. 19.

⁴⁶ V. PEZZELLA, *La diffamazione. Le nuove frontiere della responsabilità penale e civile e della tutela della privacy nell'epoca delle chat e dei social forum*, Milano, 2020, 8 ss. Sulla questione in generale, C. CRESCIOLI, *Profili penali della creazione di un falso profilo facebook a scopo diffamatorio*, in *Diritto di internet*, 2020, 703.

⁴⁷ Ci si riferisce a Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 5352.

⁴⁸ Cass. pen., Sez. V, 21 giugno 2021, n. 24212.



In merito a quest'ultimo elemento, si asserisce che la provenienza di un *post* dal profilo di un utente che omette di denunciare l'eventuale uso illecito da parte di terzi o un furto d'identità digitale corrisponde tanto a criteri logici quanto a massime esperienziali condivise, per cui, in questi casi, devono ritenersi provenienti dal soggetto al cui nome era stata effettuata la registrazione.

In considerazione di tali premesse e in riferimento a quanto emerso nella decisione che qui si argomenta, la Corte di Cassazione conclude in ordine alla riferibilità del fatto all'imputata, giacché, sebbene non siano stati effettuati accertamenti precisi sulla linea telefonica adoperata per la connessione *internet*, emergono elementi convergenti, precisi, chiari e concordanti tali da definire quale sia l'origine del *post Facebook*, ove è indicato il nome dell'imputata, l'assenza di una denuncia per furto d'identità, il non aver preso le distanze dalle dichiarazioni effettuate e altre circostanze secondo cui il contenuto della pubblicazione riportavano fatti della vita privata della parte lesa.

Da ultimo, a nostro sommo avviso, la *ratio* sottesa alla decisione in commento troverebbe vigore nell'esigenza di rendere più agevole, nonché celere, la risoluzione di procedimenti penali in materia di diffamazione tramite *Facebook*⁴⁹, in seguito alle difficoltà riscontrate dalla Polizia giudiziaria nel momento in cui entra in contatto con l'*internet provider* su autorizzazione, mediante decreto, dell'Autorità giudiziaria, sicché risulta procedura lunga e assai complessa recuperare i file di log.

Sebbene la necessità di facilitare il processo investigativo costituisce un presupposto fondamentale per le finalità di giustizia, occorre considerare che l'accertamento della responsabilità penale non può ridursi all'esclusiva valutazione di elementi mediante cui sia possibile pervenire alla riferibilità della diffamazione su base indiziaria; ciò ridonda, invero, con le prerogative del dogma di colpevolezza e del sintagma che caratterizza il processo penale, ovvero "oltre ogni ragionevole dubbio", dal momento che, in questo caso, si preferisce una forma sicuramente più tenue, in termini di certezza, che, di contro, caratterizza, il sistema degli illeciti amministrativi, con la formula "più probabile che non" che, dunque, si dimostra

distante dai cardini tradizionali della materia penale, tanto processuale, quanto sostanziale.

⁴⁹ Sia consentito, infine, il rinvio a P. ZARRA, *L'evoluzione applicativa della diffamazione via e-mail nell'era dello Smart-working*, in *Rivista Diritto di internet*, 2021, 4.